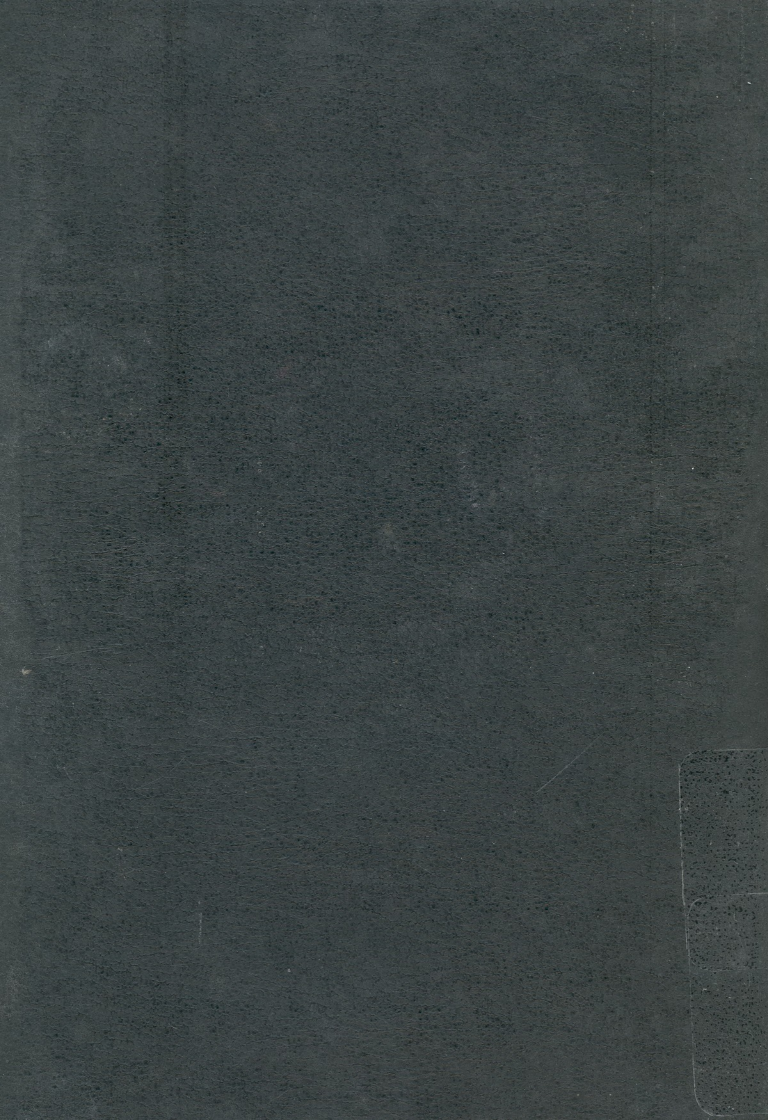


الدفوع الشرعية
فى
دعاوى الأحوال الشخصية

يشتمل على كافة الدفوع الشرعية بشأن دعاوى الأحوال الشخصية الشكلية والموضوعية والدفع بعدم القبول مع إيراد أحكام القضاء بشأنها من ١٩٣١ وحتى ١٩٩٧ .

المستشار

معوض عبد التواب

رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى

١٩٩٧

الناشر

دار الفكر الجامعى

بسم الله الرحمن الرحيم

وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا

إهداء

اهدى كتابى هـذا ...

الى ابنائى الأعزاء ...

حمدى ومحمد ومروه

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الأولى

موضوع هذا المؤلف هو الدفوع الشرعية فى دعاوى الأحوال الشخصية والأحوال الشخصية من الموضوعات التى حرصنا على تناولها بالشرح والتعليق فقد سبق لنا أن أصدرنا فى مجلدات ثلاث موسوعة الأحوال الشخصية. وكذلك المستحدث فى قضاء الأحوال الشخصية وأيضا الدعوى الشرعية . واليوم يصدر لنا هذا المؤلف حيث نتناول فيه كافة الدفوع الشرعية الخاصة بدعاوى الأحوال الشخصية.

ونعرض لها فى أقسام ثلاث :

القسم الأول : الدفوع الشرعية الشكلية .

القسم الثانى : الدفوع الشرعية بعدم القبول .

القسم الثالث : الدفوع الشرعية الموضوعية .

مع إيراد أحكام قضاء الموضوع وقضاء النقض حتى سنة ١٩٩٧ .

والله أسأل ان يوفقنا لما فيه الخير دائما

المستشار

معوض عبد التواب

رئيس محكمة الاستئناف

طنطا ١ ش حسن حسيب

ت : ٣١٦٢٤٥

فى ١٥/٥/١٩٩٧

باب تمهيدى

موقع الدفوع الشرعية

من الدفوع بوجه عام

الدفوع بوجه عام :

الدفوع هى الوسائل التى يضعها الشارع تحت تصرف الخصم الذى يشغل مركز المدعى عليه سواء أكانت إجرائية بحته أو إجرائية ذات محتو موضوعى .

فقد منح المشرع للمدعى عليه الحق فى إبداء الدفوع ليواجه هجوم المدعى الذى ركزه فى طلبه (١) الأصلى.

ماهية الدفع بوجه عام :

إن اصطلاح الدفع بمعناه العام يطلق على جميع وسائل الدفاع التى يجوز للخصم أن يستعين بها للإجابه على دعوى خصمه بقصد تفادى الحكم لخصمه بما يدعيه. (٢)

ويشير الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا إلى أن الدفع بمعناه الخاص فى إصطلاح قانون المرافعات يطلق على الوسائل التى يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها فى صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذى يزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه .(٣)

---

(١) راجع أصول المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/ نبيل إسماعيل عمر ، ص ٥٧٥ .

(٢) راجع نظرية الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثانية للدكتور/ أحمد أبو الوفا ص ١١ وما بعدها .

(٣) نظرية الدفوع للدكتور أبو الوفا المرجع السابق ص ١١ .

وذلك كأن يجيب المدعى عليه بأن الدعوى رفعت باجراء باطل أو إلى محكمة غير مختصه .

وسائل الدفاع تلك تعرف بالدفوع الشكليه .

وقد أشار إليها قانون المرافعات السابق بعباره الدفوع الجائز ابداؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى وسميت فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بالدفوع المتعلقة بالإجراءات أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق أى التى توجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر على المدعى وجود الحق فتسمى بالدفوع الموضوعية أما وسائل الدفاع التى ينكر بها الخصم سلطة خصمه فى إستعمال. الدعوى كان يزعم مثلاً إنتفاء صفة الخصم أو سبق صدور حكم فى الموضوع فتعرف بالدفوع بعدم القبول وعلى هذا فإن الدفوع تنقسم إلى ثلاث:-

١ - دفوع شكليه أو إجرائية .

٢ - دفوع موضوعية .

٣ - دفوع بعدم القبول .

ويعد تقديم الدفع إجراء من إجراءات الخصومه ويخضع بذلك للقواعد العامه للإجراء القضائى ويشترط للفصل فيه أن تتوافر فيه شروط قبوله.

شروط قبول الدفع :

يشترط لقبول الدفع ما يشترط لقبول الدعوى.من توافر المصلحة فيجرى نص المادة ٣ من قانون المرافعات على أنه (لايقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبة فيه مصلحة قائمة يقرها القانون) مما يؤكد أنه يشترط لتوافر الحق فى الدفع ذات الشروط التى يتطلبها القانون فى الدعوى وهى على النحو التالى:

١ - أن يكــون الدفع قانونياً:

ويقصد بذلك أن يكون موضوعه التمسك بحق أو مركز قانونى موضوعى أو إجرائى ، فلا يكون قانونياً مثلاً الدفع ببطلان الإجراء لعيب شكلى رغم تحقق الغاية منه .

٢ - أن يكون الدفع جوهرياً :

والمقصود بذلك أن يكون الدفع متعلقاً بموضوع الدعوى أو إجراءاتها ومؤثراً فيها بحيث يؤدى لو صح إلى تغيير وجه الحكم فيها. وأساس هذا الشرط هو المصلحة العمليه في الدفع، إذ لاتتوافر للخصم مصلحة حالة وقائمة فيه إلا إذا كان دفعه جوهرياً من شأنه أن يؤدى إلى تفادى الحكم ضده .[1]

٣ - الصفة فـــى الدفـــع :

ولا يثور هذا الشرط بالنسبة للدفوع التى يثيرها القاضى من تلقاء نفسه لتعلقها بالنظام العام . إذ يجوز لأى خصم فى هذه الحالة إبداؤها لتنبيه القاضى إليها . إنما يثور بالنسبة للدفوع الأخرى التى يلزم التمسك بها حتى تقضى بها المحكمة.

وتتوافر الصفة فى الدفع الموضوعى لمن كان طرفاً فى الحق المدعى أو لمن يخوله القانون صفة غير عادية للتمسك بحق غيره بسبب حلوله محل الطرف الأصلى مثل الدائن فى الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥ مدنى) والضامن الذى يحل محل طالب الضمان بناء على دعوى الضمان الفرعيه (م ١١٩ - ١٢٣ مرافعات) أو الكفيل الذى يجيز له القانون التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين (م ٧٨٢ مدنى) . أما الصفه فى الدفع الاجرائى فتكون لصاحب الحق الإجرائى الذى يتمسك به الخصم فى الدفع .

---

(١) راجع مبادئ القضاء المدنى للدكتور وجدى راغب ص ٤١٨ .

تطبيقات قضائيه :

الطعن فى شكل الدعوى لا يصح إلا إذا كانت للطاعن مصلحة فى تظلمه من شكلها ، وإذا قبل الطاعن شكل الدعوى من وقت رفعها وإستمر يدافع فيها على شكلها الذى رفعت به ولم يطعن فى هذا الشكل إلا لدى محكمة الإستئناف عند إستئنافه للحكم فلا يقبل منه امام محكمة النقض أن يطعن على قضاء محكمة الإستئناف بصحة شكل الدعوى [١] .

(الطعن رقـــم ٤٩ لســـنة ٤ ق - جلســـة ١٩٣٥/٣/٢٨)

ليس للطاعن أن ينعى على محكمة الموضوع عـدم ردها على كل ما قدمه إليها من دفوع إذ الدفع الواجب الرد عليه هو الذى يكون له من ورائه مصلحة ويكون فى ذاته جائز القبول ومؤثراً فى الدعوى .

(الطعن رقـــم ٥ لســـنة ١٣ ق - جلســـة ١٩٤٣/٥/٢٧)

الدفع الذى يتعين على المحكمة أن تجيب عنه بأسباب خاصه هو الذى يقدم إليها صريحاً معيناً على صورة دفع جازم واضح المعالم يكشف عن المقصود منه . فإذا دفع المستأنف عليه بعدم قبول الإستئناف لإنتفاء المصلحة فيه ، وكانت مذكرته التى تحدث فيها عن هذا الدفع خالية عن بيان وجه إنتفاء مصلحة المستأنف فى طلب إلغاء الحجز الموقع على ماله إذ هو إقتصر فيها على القول بأنه أوقع بدينه المحكوم له إبتدائياً حجزا تحفظياً آخر خلاف الحجز المتظلم منه ، هذا القول الذى ليس فيه بمجرده ما يكشف عن إنتفاء مصلحة المستأنف فى طلب إلغاء الحجز الأول ، فلا يعيب الحكم أنه لم يجب عن هذا الدفع بأسباب خاصه .

(الطعن رقـــم ٥٦ لســـنة ١٧ ق - جلســـة ١٩٤٨/٦/٣)

---

(١) هذا الحكم وما يليه منشور بمجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً الجزء الأول المجلد الرابع ص ٣٧١٤ طبعة نادى القضاه .

متى كانت الطاعنة قد دفعت لدى محكمة ثانى درجة بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، لأن المطعون عليهم لا يملكون المنزل الذى يطلبون بتعويض عن هدمه وكانت المحكمة قد أغفلت الرد على هذا الدفع مع ماله من أثر فى الفصل فى الدعوى ، فإن حكمها يكون قد شابه قصور يبطله .

(الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

متى كان الحكم إذ قضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة أقام قضاءه على عدم إثارة الجدل حول صفة المدعى أمام محكمة أول درجة وعلى قبول المدعى عليه لشكل الدعوى وقت رفعها وإستمرار دفاعه فيها بالشكل الذى رفعت به حتى صدور الحكم الإبتدائى وإعلانه صحيفة الإستئناف للوكيل بعد سبق إعلانها للأصيل مما يتعارض مع إنكاره صفة الوكالة وعدم تمسكه بهذا الدفع إلا أمام محكمة الإستئناف ، وكانت وجهة نظر الحكم قد تأيدت بإجراء لا حق وهو إعلان تقرير الطعن بالنقض مطعون عليه بصفته وكيلاً للخصم الأصيل فى الدعوى بغض النظر عن التحفظ الذى أبداه الطاعن من أن إعلان الطعن للوكيل لا يعتبر إعترافاً منه بصحة التوكيل وتنازلا عن الدفع ، فإن هذا الذى قرره الحكم يكفى لحمل قضائه فى توافر الصفة ولا خطأ فيه .

(الطعن رقم ٨٠٤ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٥/٧/٧)

إذا كان المطعون عليه الذى وقع إعلانه باطلاً قد قدم مذكرته فى الميعاد القانونى فإنه لايصح له التمسك ببطلان إعلانه إلا إذا بين وجه مصلحته فى التمسك به .

(الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٥/٣/٣)

لما كانت المصلحة هى مناط الدفع . وكان الواقع فى الدعوى هو أن البائع للعقار كان يضع يده نيابة عن المشترى وأن القدر الذى يتمسك الوارث بوضع يده عليه هو غير القدر الذى باعه مورثه فإنه لايكون لهذا الوارث مصلحة فى الدفع بسقوط حق المشترى الذى يطلب صحة ونفاذ عقده بالتقادم الطويل .

(الطعن رقـــم ١٢١ لســـنة ٢٢ ق - جلســة ١٩٥٥/١١/٢٤)

لما كانت المصلحة هى مناط الدفع كما هـــى مناط الدعـــوى فإنه لا يجوز لأحد الخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى أهلية متى كان العيب الذى شاب تمثيل ناقص الأهلية قد زال ، إذ بزواله تصبح إجراءات التقاضى صحيحة ومنتجة لآثارها فى حق الخصمين على السواء منذ بدايتها وتنتفى كل مصلحة فى الطعن عليها . وإذن فمتى كان الواقع هو أن الخصم الثالث قد تدخل فى الدعوى المرفوعة من ناقص الأهلية بطلبات يدعيها لنفسه وجهها إلى المدعى شخصياً لا إلى شخص من يمثله قانوناً كما أنه إذ أستأنف الحكم الإبتدائى وجه الإستئناف إلى ناقص الأهلية شخصياً ثم دفع ببطلان الخصومه وما ترتب عليها بسبب نقص أهلية المستأنف عليه . وكان الوصى على ناقص الأهلية قد تدخل فى الخصومه . وطلب تأييد الحكم المستأنف فإنه لايكون لصاحب الدفع مصلحه فيه ولا تكون المحكمة قد أخطأت إذ قضت برفضه .

(الطعن رقـــم ١٣٦ لســـنة ٢٢ ق - جلســة ١٩٥٥/٦/١٦)

الدفع بإنعدام مصلحة الطاعن فى الطعن تأسيساً على عدم تقديمه طلبات . فى الإستئناف ولا مذكرات وعدم إعتراضه على طلب إنتهاء التفليسة - هذا الدفع يكون فى غير محله متى كان الطاعن لم يتنازل عن حقه فى الطعن صراحة ومادام قد قضى استئنافياً بالغاء حكم اشهار الافلاس.

ذلك ان عدم تقديمه طلبات فى الاستئناف أو مذكرات لايعتبر بمثابة عدم تمسك منه بطلبه اشهار افلاس المطعون عليه ، كما انه ما كان له الاعتراض على دعوى انتهاء التفليسة لان الطلب المذكور انما هو أثر من آثار الغاء حكم اشهار الافلاس فهو حكم واجب النفاذ .

(الطعن رقم ٢٦٢ لسنة٢٢ق - جلسة ١٩٥٦/٢/٢٠ س٧ ص ١٥٦)

متى دفع الخصم بعدم جواز سماع شهادة شخص معين فانه لامصلحة للمتمسك ضده فى هذا الدفع مادام لم يتمسك هو بذلك .

(الطعن رقم ٢٧٥لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٣/١س ٧ ص ٢٦٦)

التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به .

(الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ س٧ ص ٦٢٢)

الدفع بعدم قبول الدعوى الذى نصت عليه المادة ١٤٢ من قانون المرافعات وأجازت ابداءه فى أية حاله كانت عليها الدعوى هو الدفع الذى يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق فى الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها او لانقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها ونحو ذلك مما لايختلط بالدفع المتعلق بشكل الاجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى . وينبنى على ذلك ان المادة ١٤٢ من قانون المرافعات لاتنطبق الا على الدفع بعدم القبول الموضوعى دون الدفع

الشكلى الذى يتخذ اسم عدم القبول . اذ العبره بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التى يطلقها عليه الخصوم.

(الطعن رقم ٢٥١لسنة ٢٦ق - جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٦٢ س ١٣ ص ٣٣٩)

الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى هو دفع موضوعى يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله . ان يخسر المدعى دعواه بحيث لايستطيع العودة اليها وتستنفد محكمة الدرجة الاولى بالقضاء به ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات واوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها فى حالة الغاء الحكم وقبول الدعوى ان تعيدها الى محكمة الدرجة الاولى لنظر موضوعها .

(الطعن رقم٣٥٠ لسنة٢٦ ق - جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٦٢ س ١٣ص ١٠٨)

الدفع بعدم قبول دعوى الاخلاء لرفعها من غير ذى صفة متى أقيم على انكار وجود العلاقة الايجارية يعتبر فى حقيقته دفاعاً فى موضوع الدعوى وارداً على اصل الحق المطالب به.

(الطعن رقم١٣٢لسنة ٣١ق - جلسة ١٨ / ١١ / ١٩٦٥س ١٦ص١١١٩)

الامر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ تصديقاً على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الاقباط الارثوذكسيين العمومى ، والمعدل بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٧ ، يجعل من اختصاصات هذا المجلس ، وفقاً لنص المادة الثامنة ، النظر فى جميع مايتعلق بالأوقاف الخيرية التابعة للاقباط الارثوذكس عموماً ، وكذا ما يتعلق بمدارسهم وكنائسهم وفقرائهم ومطبعتهم وكافة المواد المعتادة نظرها بالبطريكخانه . واذا كان الثابت فى الدعوى ان الطاعنين - ورثة راعى إحدى الكنائس - قد اختصموا فيها

المطعون عليه الثالث بصفته وكيل المجلس الملى العام لطائفة الاقباط الارثوذكس ولم يقتصروا على اختصام البطريكخانة . وكان الحكم المطعون فيه قد قضى فى موضوع الخصومة مع المجلس . فإن النعى على الحكم فيما قضى به من عدم قبول الدعوى بالنسبة للمطعون عليه الأول بطريرك الطائفة والمطعون عليه الثانى الوكيل العام للبطريركية.يكون بغير جدوى ولا يحقق للطاعنين سوى مصلحة نظرية بحته، وهى لا تصلح أساساً للطعن اذ الحكم برفض الدفع لا يلحق بهم فى هذه الصورة ضرراً ما، ولاتعود عليهم من نقض الحكم فى هذا الخصوص اية فائدة .

(الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٢٠ / ١ / ١٩٧١س٢٢ص ٩٣)

إذا كان الطاعن (محام) قد طلب الى مجلس النقابة تقدير اتعابه ضد المطعون عليه عن نفسه وبصفته حارساً قضائياً الا انه يبين من الرجوع الى قرار مجلس نقابة المحامين انه صدر بتقدير اتعاب الطاعن ضد المطعون عليه بصفته حارساً قضائياً على الوقف ، واذ كانت هذه الصفة هى الملحوظة فى صدور القرار ، ولم يرد بمنطوقه أو اسبابه ما يشير الى صدوره على المطعون عليه بصفته الشخصية ، وانصب الطلب فى موضوعه على المجهود الذى بذله الطاعن فى الدفاع عن تقدير ثمن الأرض التى نزعت ملكيتها من اعيان هذا الوقف ، وكان المطعون عليه بصفته حارساً قضائياً على هذه الاعيان قد عارض فى قرار المجلس ورفع استئنافه بهذه الصفة ، فان رفعه الاستئناف الى جانب ذلك بصفته الشخصية ، لا يصادف محلاً فى قضاء الحكم الابتدائى الذى لم يصدر عليه بهذه الصفة ، وبالتالى لا يكون للطاعن فى التمسك بالدفع بعدم قبول الاستئناف المرفوع من المطعون عليه بصفته الشخصية . سوى مصلحة نظرية بحته . واذ كانت محكمة الإستئناف قد قضت بقبول الإستئناف شكلاً دون الرد على هذا الدفع ، فإنها لاتكون قد اخطأت فى تطبيق القانون أو شاب حكمها قصور فى التسبيب .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة٣٧ ق - جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٧١ س ٢٢ ص٧٨٦)

اذا كان الطالب قاضياً يتقاضى مرتبه من وزارة العدل التى يمثلها المدعى عليه الأول وكان المدعى عليه الرابع هو الجهة التى تتولى خصم المستحق من مرتب الطالب وكان المدعى عليه الثانى بصفته يمثل وزارة الخزانة التى يتعين اختصامها وفقاً لاحكام المادة ٥ من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ ، فان الدفع بعدم قبول الطلب بالنسبة لمن عدا المدعى عليه الثالث - مدير هيئة التأمين والمعاشات - يكون على غير اساس .

(الطعن ٣٢ لسنة ٤٠ ق «رجال القضاء» جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٣٢)

- تأييد الحكم المطعون فيه لقضاء محكمة أول درجة بشأن عدم قبول دعوى تحديد الأجرة - المقامة من المستأجر - من الباطن - بمقولة انها لا تقام الا على المالك دون المستأجر الأصل ينطوى على تقرير قانونى خاطئ.

(الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٩٥٣ ع ١)

الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة هو فى حقيقته دفع موضوعى يقصد به - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله ان يخسر المدعى دعواه وتستنفد محكمة أول درجة بالقضاء فيه ولايتها فى الفصل فى موضوع النزاع ويطرح الإستئناف عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات واوجه دفاع على محكمة الإستئناف فلا يجوز لها فى حالة الغاء الحكم المستأنف وقبول الدعوى ان تعيدها لمحكمة أول درجة لنظر موضوعها .

(الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٧ / ٥ / ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٢٩٧ ع ٢)

النص فى القرار رقم ٣٤٣ لسنة ١٩٥٧ على إلغاء جميع القرارات الصادرة باخضاع اشخاص او شركات او مؤسسات لاحكام الأمر العسكرى رقم ٤ سنة ١٩٥٦ نص فيه وعلى ان يعمل به اعتباراً من ٤ / ٥ / ١٩٥٧ يترتب عليه ان يعود الى هؤلاء الاشخاص حقهم فى التقاضى اعتباراً من

ذلك التاريخ ، وتزول عن مدير عام الادارة العامة لاموال المعتقلين والمراقبين صفته في تمثيلهم امام القضاء بحلول ذلك التاريخ واذا لم ينص ذلك القرار على ان تكون للمدير العام المذكور صفة النيابة القانونية عن هؤلاء الاشخاص الى ان تسلم الاموال الى اصحابها ، فان لازم ذلك ان تعود الى الاشخاص اهليتهم فور صدور القرار اعتبارا من ١٩٥٧/٥/٤ واذا التزم الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد طبق صحيح القانون ويكون النعي عليه بهذا الوجه لا أساس له.

(الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٨٢/١/٢١)

من المقرر – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة انه متى قضت المحكمة الإستئنافية بقبول الإستئناف شكلاً كان قضاؤها هذا قضاء ضمنياً بجواز الإستئناف يحوز قوة الأمر المقضى ويحول دون العودة الى إثارة النزاع امامها فى شأن جواز الإستئناف من عدمه . ولما كان الثابت من الأوراق انه بعد ان قضت محكمة الإستئناف بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٧ بقبول الإستئناف رقم .... شكلاً . دفع الطاعن بعدم قبول الإستئناف لانتفاء المصلحة استناداً الى انه قضى بكل طلبات المستأنفين ولم يحكم عليهم بشئ . وإذ كان هذا الدفع فى حقيقته طبقاً لنص المادة ٢١١ من قانون المرافعات دفعاً بعدم جواز الإستئناف وليس دفعاً بعدم القبول مما نصت عليه المادة ١١٥ من ذلك القانون حتى يسوغ القول بجواز ابدائه فى أية حالة كانت عليها الدعوى إذ العبرة بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التى يطلقها عليه الخصوم .

(الطعن رقم ١١١ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٨٢/١/٢٦)

ان من يمثل ايا من طرفى الدعوى فى مباشرة اجراءات الخصومة ، لايكون طرفاً فى النزاع الدائر حول الحق المدعى به ولذا يكتفى منه بأن يثبت له صلاحية هذا التمثيل قانوناً حتى تكون له الصفة الإجرائية اللازمة

لصحة شكل الخصومة فإذا حكم بعدم قبول الدعوى تأسيساً على عدم ثبوت صفة مباشر الاجراءات فى تمثيل المدعى فهو قضاء فى الشكل تنحصر حجيته في حدود ذات الخصومة ولا يتعداها الى غيرها ولا تمنعه من مباشرة دعوى جديدة ولو كان سند الصفة سابقاً على ذلك الحكم .

(الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٩)

استخلاص توافر الصفة فى الدعوى . واقع يستقل به قاضى الموضوع . شرطه . ان يبين الحقيقه التى إقتنع بها وان يقيم قضاءه على أسباب سائغة.

استخلاص توافر الصفة في الدعوى هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل فهم الواقع فى الدعوى يستقل به قاضى الموضوع وبحسبه أن يبين الحقيقه التى اقتنع بها وان يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٣٤ لسنة٥١ق - جلسة ١٩٨٥/٢/٢٧ س ٣٦ ص ٣١٤)

كفالة الشريعة الاسلامية لحق التقاضى:

منحت الشريعة الغراء لكل انسان داخل دار الاسلام الحق فى ان يتداعى أمام القضاء الاسلامى لانصافه ودفعا لأى ظلم يقع عليه ، وجميع الأفراد متساوون في ذلك، لا فرق بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الطبقة أو اللون أو الثروة ، ولا يقتصر هذا الحق على المسلمين فقط بل هو للذميين أيضا ، بل لقد منحته شريعة الاسلام للمستأمنين وهم فى الأصل من رعايا دار الحرب . [1]

(١) راجع النظام القضائى الاسلامى للدكتور أحمد محمد مليجى طبعة ١٩٨٤ ص ١١٧ وما بعدها .

وراجع آثار الحرب فى الفقه الاسلامى للدكتور وهبه الرحيلى ص ٢٢٦ .

وتمتع كل انسان داخل دار الاسلام بحق التقاضى بلا تفاضل بين الناس فى ذلك . انما ينبثق من عدالة هذه الشريعة واعلانها لمبدأ المساواة بين بنى الانسان ، اذ منع الفرد من اللجوء للقضاء للمحافظة على حقوقه يمثل انتهاكا خطيرا لمبدأ المساواة الذى يعتبر سمة من سمات الشريعة الاسلامية كما ان هذا المنع فى ذاته أيا كان سببه ظلم تأباه عدالة الاسلام .

ففى شريعة الاسلام لا يوصد باب التقاضى أمام البعض ويفتح أمام البعض الآخر ، ولا يجوز انشاء محاكم خاصة بفئات أو طبقات معينة من الناس على أساس انشاء امتياز لهذه الفئات أو الطبقات على غيرهم من الأفراد ، لما يمثله ذلك من اخلال بمبدأى العدل والمساواة .

وتيسير التقاضى من مميزات النظام القضائى الاسلامى، فلا توجد أية عوائق أمام الفرد فى لجوءه للقضاء، لدرجة ان بعضا من الفقهاء لم يجز للقاضى ان يتخذ حاجبا، حتى لا يكون هذا الحاجب عائقا أمام المتقاضى، ومنهم من اشترط فى مجلس القضاء ان يكون فى مكان بارز غير مستتر بحيث يصل اليه كل قاصد للتقاضى ، كذلك لا مجال للرسوم القضائية فى النظام القضائى الاسلامى لما قد تمثله هذه الرسوم من مشقه مادية على بعض المتقاضين .

ولايستثنى القضاء الاسلامى احدا مهما كان شأنه من المثول أمامه حتى لو كان الخليفة نفسه ، اذ جرى العمل فى ظل النظام القضاء الاسلامى على مقاضاة الخلفاء والولاة تماما كما يحاكم سائر الأفراد . ففى شريعة الاسلام لا حصانة لأشخاص أو اعمال معينة من الخضوع للقضاء الاسلامى . لما يترتب على هذه الحصانة من ظلم تأباه روح العدل التى تسود أحكام هذه الشريعة.

مدى إنفراد الدفوع الشرعية بأحكام خاصة تميزها عن الدفوع بوجه عام :

بعد ان استعرضنا فى هذا الباب التمهيدى الدفوع بوجه عام فإن هناك سؤالا يطرح نفسه وهو مدى إنفراد الأحوال الشخصية بأحكام خاصة للدفوع المتعلقة بها .

قبل أن أجيب عن هذا السؤال فإننا نتعرض لتعريف الدفع الشرعى :

الدفع فى إصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى ، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعيا إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعيا ثانيا عند دفع الدفع .

(الطعن رقم ٢٩ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٩ س٢٦)

(الطعن رقم ٢١ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٦/٤/٧ س٢٧)

والدفع كالدعوى تجرى عليه أحكام الإثبات فيها والعجز عنه الواردة فى المواد الواردة باللائحة ويكون الرفض حينئذ معناه المنع المؤقت من السماع حتى إذا أحضر الدافع دليله بعد ذلك قبل منه .

ورفض الدفع لعدم تقديم البينة قضاء ترك لا يمنع من الرجوع الى الدعوى إذا وجدت الحجة كما هو معروف شرعا .

وفى واقع الأمر فقد كانت المواد من ١٠٠ حتى ١١٤ من اللائحة الشرعية تنظم قواعد دفع الدعوى قبل الجواب عنها ودعوى خصم ثالث فيها. ولقد كان هذا الأمر ساريا الى أن صدر قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وقـد نص فى المادة ١٣ منه على « تلغى المادة ١٦ من قانون نظام القضـاء والمواد ١ - ٤ ، ١١ - ١٩ ، ٢٩ - ٥١ ، ٥٣ - ٩٧ ، ١٠٠ - ١٣٦ ، ١٣٨ - ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٢ - ٢٧٩ ، ٣٢٨ - ٣٤٢ ، ٣٤٨ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ويلغى كل ما يخالف هذا القانون من أحكام الأمر العالى الصادر بتاريخ ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ المعدل بالقانون رقم ٩ سنة ١٩٢٧ الخاص بلائحة ترتيب وإختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومى .

والأمر العالى الصـادر فى أول مـارس لسنة ١٩٠٢ بشأن الإنجليين الوطنيين والقانون رقم ١٢٧ الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٥ بشأن الأرمن الكاثوليك وكذلك يلغى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ وجميع الأوامر العالية والقرارات الأخرى المخالفة لهذا القانون .

كمـا نص القـانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ سالف الإشارة اليه فى المادة الخامسة منه على : (تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها) والمستفاد من هذه المادة وإعمالا لها أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والخاص بتوحيد القضاء أنه قد أوضح القـانون الواجب التطبيق فيـما يتعلق بالإجراءات الخاصة بالأحوال الشخصية محددا أن ما يسرى هو قانون المرافعات إلا من إنفرد بقواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم وعلى هذا .فإن رائدنا فى هذا المقام هو أن أحكام الدفوع الخاصة بالأحوال الشخصية يسرى عليها قانون المرافعات.

وهذا الأمر المستفاد من المادة سالفة البيان أكده قضاء النقض فى العديد من الأحكام ومن ذلك ما قضى به .

« الغاء الفصل الرابع من الباب الثانى من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الخاص برفع الدعوى قبل الجواب عنها . أثره. وجوب إعمال قواعد ابداء الدفوع الشكلية فى قانون المرافعات على دعاوى الاحوال الشخصية والوقف .

(الطعن ٥٠لسنة٥٢ق "احوال شخصية"جلسة٢٨ / ٦ / ١٩٨٣س٣٤ ص١٤٩٥)

خلو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قواعد خاصة بغياب الخصوم فى غير الجلسة المحددة بورقة الاستئناف . اثره. وجوب الحكم فى الاستئناف عند تغيب الخصوم متى تهيأ الاستئناف للفصل فيه اعمالا للمادة ٨٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٥ لسنة ٥٤ق "احوال شخصية" جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٤ س٣٥ ص٢٢١١)

طلب الخصوم تأجيل نظر الدعوى ، لمحكمة الموضوع عدم إجابته، متى تبينت عدم جديته .

(الطعن رقم ١ لسنة ٥٣ق "احوال شخصية" جلسة ٥ / ٢ / ١٩٨٥ لم ينشر بعد)

والدفوع كما سبق ان ذكرنا تنقسم الى دفوع شكلية أو إجرائيه ودفوع بعدم القبول ودفوع موضوعيه ونعرض فيما يلى الى كل من هذه الدفوع بالتفصيل فى الأقسام الثلاثة التالية :

القسم الأول

الدفوع الشكلية

القسم الأول

الدفوع الشكلية

الباب الأول

قواعد واجراءات الدفوع الشكلية

تمهيد :

ماهية الدفع الشكلى :

الدفع الشكلى هو الذى يوجه الى اجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهى الخصومه دون الفصل فى موضوعها أو يؤدى الى تأخير الفصل فيها.

وعلى هذا فإن الدفع الشكلى هو وسيله دفاع يوجه الى اجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به .

والخصومة حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى ، وهى ترتب علاقة قانونية بين طرفيها ، وترتب علاقة قانونية أخرى بين هؤلاء والدولة ممثلة فى هيئة المحكمة [1]. وهذه الخصومة تقوم بمجرد رفع الدعوى على المدعى عليه بغير التفات الى توافر حق موضوعى لدى رافعها أو عدم توافره . واذا زالت قبل الفصل فى موضوعها لسبب ما ، فلا يتأثر الحق الموضوعى اللهم الا إذا سقط بالتقادم . وبعباره أخرى ، ليست هناك صلة بين الخصومة والحق المدعى به الا من ناحية واحدة تتعلق بتقادم هذا الحق ، فانعقاد الخصومة يقطع مدة تقادمه ، ويبقى هذا الأثر ما بقيت الخصومة ويكون بمأمن من كل سقوط أساسه مضى المدة ، انما إذا انقضت دون الحكم فى موضوعها زالت وزالت كافة الآثار المترتبة عليها ، ولا تعتبر المطالبه بالحق فى الخصومة المنقضية قاطعة لمدة سقوطه بالتقادم .

---

(١) راجع نظرية الدفوع للدكتور احمد ابو الوفا ص ١٦٩ وما بعدها .

فمما تقدم يتضح ان اجراءات الخصومه لا علاقة لها بالحق المدعى به، والدفع الشكلى - وهو الدفع الموجه اليها - لا يمس أصل الحق . ويترتب على ذلك النتائج الآتيه :

١ - وجوب ابداء الدفوع الشكلية قبل الكلام فى الموضوع أو الدفع بعدم القبول وهذا ما عبر فيه المشرع فى المادة ١٠٨ مرافعات .

(الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع امامها أو للإرتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات يجب ابداؤها معاً قبل ابداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول والا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفوع اذا لم يبدها فى صحيفة الطعن).

ويحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به فى كل من منها على حده .

أولاً : يجب ابداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالاجراءات معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها.

فلقد رأى المشرع ان منطق الأمور يقتضى ان يبد الخصم فى بداية نزاع متمسكاً بالجزاء الذى رتبه القانون على مخالفه الشكل ثم يتدرج بعد ذلك الى الموضوع ، فان تعرض للموضوع ولم يطرق ما يتعلق بشكل الاجراءات من دفوع شف ذلك عن تنازله عن التمسك بها (أى تنازله عن التمسك بالجزاء الذى رتبه القانون على مخالفة الشكل)[1] . ثم ان العداله تقتضى الا يبقى المدعى مهدداً بالدفوع الشكليه فى جميع مراحل الدعوى، فيتراخى خصمه فى ابدائها ويكون من نتيجة ذلك تعطيل الفصل فى موضوع الدعوى ، وتهديد الاجراءات والقرارات التى تصدر أثناء نظرها لانها تكون

---

(١) المرجع السابق ص ١٧٠ .

عرضه للالغاء اذا حكم بزوال الخصومة، اذ القاعدة ان بطلان الاجراء يؤدى الى زواله وزوال كافة الاجراءات اللاحقة له متى كان هو أساساً لها وترتبت هى عليه .

ولهذا أوجب المشرع ابداء الدفوع الشكلية قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بها ، ما لم تكن متعلقة بالنظام العام .

ويستثنى من ذلك .

(١) الدفوع المتعلقة بالنظام العام ، وهذه يجوز الأدلاء بها فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو لأول مرة امام محكمة النقض .

(٢) الدفوع التى ينشأ الحق فى الأدلاء بها بعد التكلم فى الموضوع بعد السير فى الدعوى ، ومثال ذلك الدفع بالتمسك بميعاد معين ، أو الدفع بالتأجيل لأى سبب جد بعد رفع الدعوى ، وذلك لان الحق فى التمسك بالتأجيل للإطلاع على المستندات أو للرد عليها أو لتقديم مستندات أو طلبات عارضة أو ادخال خصوم هو مما تملك المحكمة تقديره عملاً بالمادة ٩٧ .

(٣) التمسك بانعدام الاجراء يجوز ان يدلى به فى اية حالة تكون عليها الاجراءات ، لان المعدوم لا تلحقه أية حصانة ، ولا يتصور ان تزول حالة الانعدام ولو بالرد على الاجراء بما يدل على اعتباره صحيحاً ، لان المعدوم لا يرتب اى أثر قانونى .

(٤) يجوز التمسك فى اية حالة تكون عليها بعدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى عملاً بالمادة ١٤٦ وما يليها من قانون المرافعات ، وذلك لان عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى فى الاحوال التى اشار اليها القانون تمس النظام العام.

(٥) الاحوال التى يسقط فيها الحق فى التمسك بالبطلان بمجرد حضور الخصم، وهى الاحوال التى وردت على سبيل الحصر فى المادة ١١٤.

(٦) الدفوع ببطلان الاجراءات التى تتم اثناء نظر الدعوى ، وهذه يجب التمسك بها فور اتخاذ ها وقبل التكلم فى الموضوع أو الرد عليها بما يفيد اعتبارها صحيحة .

ثانياً : وجوب ابداء جميع الدفوع الشكلية فى صحيفة الطعن والا يسقط الحق فيما لم يبد منها :-

وفق صريح نص المادة ١٠٨ مرافعات فلابد من ابداء سائر الدفوع الشكلية فى صحيفة الطعن سواء أكان قد نشأ سببها وقت رفع الدعوى أو نشأ بعد رفعها فعليه أن يتمسك ببطلان الحكم ان كان مالم يتعلق الدفع بالنظام العام .

ثالثاً : وجوب ابداء أوجه الدفوع الشكلية واسبابها قبل التكلم فى الموضوع امام المحكمة التى يرفع اليها النزاع اولا ولو أحيلت الدعوى بعد ذلك الى محكمة أخرى.

رابعاً : وجوب ابداء جميع الدفوع الاجرائيه معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها:-

يجب ابداء جميع الدفوع الاجرائيه معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها . وعلى هذا لايستطيع المدعى عليه ان يدفع ببطلان صحيفة الدعوى فى جلسة ثم يعود مرة أخرى يدفع بعدم الاختصاص المحلى .

تفصل المحكمة فى الدفع الشكلى على استقلال : (م ١٠٨).

الأصل ان تفصل المحكمة في الدفوع الاجرائية المقدمة اليها قبل النظر في موضوع الدعوى . لأن هذا قد يغنيها عن الخوض في الموضوع كما لو أدى الى ان تحكم بعدم اختصاصها أو بسقوط الخصومه . ولكن المشرع لم يلزمها بذلك . وأجاز لها ان تأمر بضم الدفوع الاجرائيه للموضوع . وذلك لأن الفصل في الدفوع الاجرائيه يتطلب احياناً تحديد الموضوع .[1]

ولكن تتقيد سلطة المحكمة في هذا الضم بقيدين:

(أ) تمكين الخصوم عن تقديم دفاعهم الموضوعى . فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع وجب عليها تنبيههم الى الضم ، خشية ان يمتنع الخصوم عن الدفع الموضوعى انتظاراً للفصل في الدفوع الاجرائيه ثم يفاجأوا بحكم المحكمة في الموضوع . ولذا يكون هذا الحكم باطلاً لاخلاله بحق الدفاع .

(ب) يجب ان تبين المحكمة اذا قضت في الموضوع ما حكمت به في كل من الدفع الاجرائى والموضوع على الاستقلال . ويقتضى هذا تسبيب حكمها في كل منهما على حده .

لا يحوز الحكم في الدفع الاجرائى حجية الأمر المقضى:

لا يعد الحكم في الدفع الاجرائى قضاء موضوعياً ، وانما هو حكم اجرائى لا يرتب حجية الأمر المقضى . ويجوز اذ أدى الحكم الى زوال الخصومه رفع الدعوى من جديد للمطالبة بذات الحق باجراءات جديدة .

ولكنه يعد حكماً قطعياً يستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة للمسألة الاجرائية التى فصل فيها داخل الخصومة ذاتها .[2]

---

(١) راجع في هذا الدكتور وجدى راغب المرجع السابق ص ٤٢٠ والدكتور فتحى والى مبادئ القضاء المدنى ص ٤٥٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٥٤ .

لا يستنفد الحكم فى الدفع الاجرائى سلطة محكمة أول درجة بالنسبة للموضوع.

فاذا حكمت محكمة أول درجة بعدم اختصاصها أو بطلان المطالبة القضائية ثم طعن فى هذا الحكم والغته المحكمة الاستئنافية، فانها لاتفصل فى الموضوع. بل تعاد القضية الى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فى الموضوع الذى لم يكن قد فصلت فيه بعد. اذ يؤدى تعرض المحكمة الاستئنافيه للموضوع فى هذه الحالة للفصل فيه . الى تفويت درجة من درجات التقاضى على الخصوم .

الباب الثانى

الدفع بعدم الاختصاص

الفصل الأول

الدفع بعدم الاختصاص المحلى فى دعاوى الأحوال الشخصية

الدفع بعدم الاختصاص المحلى يقصد به منع المحكمة من الفصل فى الدعوى المعروضة امامها لخروجها عن حدود ولايتها .

والدفع بعدم الاختصاص المحلى لا يتعلق بالنظام العام حيث ان المشرع يراعى فى الغالب مصلحة المدعى عليه .

ولقد تناولت اللائحة الشرعية فى الباب الرابع من الكتاب الثالث فى المواد من ٢٠ الى ٢٨ الإختصاص المحلى للمحاكم الشرعية وهذه المواد لازال العمل بها ساريا وعليه فهى التى تحكم اجراءات التداعى فى مجال الأحوال الشخصية ويجرى نص المادة ٢٠ على النحو التالى:

« محل الإقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة »

وعلى هذا فإن الإختصاص المحلى يرتبط بمحل اقامة الخصوم وموطنهم وفقهاء الشريعة الإسلامية يرون ان الموطن الأصلى هو موطن الإنسان فى بلدته أو بلدة أخرى إتخذها داراً توطن فيها مع أهله وولده وليس فى قصده الإرتحال عنها. وهذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص بموطن السكن وفقا لنص المادة العشرين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن «محل الإقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » .

(يراجع الطعن رقم ٣٨ لسنة ٤٥ ق « أحوال شخصية » جلسة١٢ / ١ / ١٩٧٧ س٢٨ص٢٣٢)

وقد نص القانون المدنى فى المادة ٤٠ على أن الموطن هو المكان الذى يقيم الشخص عادة الأمر الذي يستفاد منه على أن المشرع اعتد بالتصوير الواقعي للموطن - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية - إستجابة للحاجات العملية ، وإتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية التى أفصحت عنها المادة ٢٠ لائحة ، فلم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادى ، وجعل المعول عليه فى تعيينه الإقامة المستقرة ، بمعنى أنه يشترط فى المواطن ان يقيم فيه الشخص ، وأن تكون إقامته بصفة معتادة ، وعلى وجه يتحقق فيه شرط الإعتياد ، ولو لم تكن الإقامة مستمرة ، وإنما يتخللها فترات غيبية متقاربة أو متباعدة .

(يراجع الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ ق « أحوال شخصية » س٢٨ص١٣٥٤)

كما يجرى نص المادة ٢١ من اللائحة الشرعية على النحو التالى:

« ترفع الدعوى أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه فإن لم يكن له محل إقامة كالرحل ، رفعت الدعوى أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى » .

ويشير الأستاذ المستشار أحمد نصر الجندى الى أن [١] الأصل فى الإختصاص المحلى ان الدعوى ترفع أمام المحكمة الواقع فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه ، ومحل الإقامة حددته المادة ٢٠ لائحة بأنه البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما عادة فيه ، ويبرر فقهاء المرافعات هذا الأصل بأنه مادام لم يصدر حكم بأحقية المدعى ، لما يزعمه ، ويعتبر المدعى عليه محق فى موقفه إزاءه ، ويكون ادعاء المدعى على خلاف الظاهر ، ولذلك يطالب بأن يتبع المدعى عليه فى موطنه ويختصمه أمام المحكمة التى يقع هذا الموطن فى دائرتها ، ولا يسوغ للمدعى ان يكلف المدعى عليه - عنتا - بأن

(١) راجع فى هذا التقاضى فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى ص ٦٥.

يجلبه الى محكمته هو ، وهو بعد مدع بحق لم يثبت له ، وإنما يكون العبء كله من حيث متاعب الإلتجاء الى القضاء والوفاء بنفقاته ، وإقامة الدليل على صحة الإدعاء واقعا على عاتق ذلك المدعى .

قد يتفق ان لا يكون للمدعى عليه محل اقامة - كالرحل - ففى مثل هذه الحال يكون الإختصاص المحلى راجعا الى محل اقامة المدعى . و هذا الإستثناء مقرر بمصلحة المدعى نفسه .

تطبيقات قضائية :

الرأى عند فقهاء الشريعة الاسلامية - وطبقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الموطن الاصلى هو موطن الانسان فى بلدته أو بلدة أخرى اتخذها دارا توطن فيه مع أهله وولده ، وليس فى قصده الارتحال عنها ، وهذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص بموطن السكن وفقا لنص المادة العشرين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن " محل الاقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة " .

(الطعن٣٨ لسنة ٤٥ق "احوال شخصية" جلسة ١٢ / ١ / ١٩٧٧س٢٨ ص٢٣٢)

الاعلان فى الموطن الاصلى . كفاية تسليم الصورة الى أحد المقيمين مع المراد اعلانه حال غيابه . عدم وجوب بيان الصلة بينه وبين المراد اعلانه .

مفاد نص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المرافعات أن المشرع لم يوجب على المحضر التحقق من صفة من تسلم صورة الاعلان ولامن حقيقة علاقته بالمراد اعلانه طالما أن ذلك الشخص يؤكد الصفة التى تخول له تسلمها ، ويعتبر الاعلان صحيحا متى سلمت الورقة اليه على النحو

المتقدم . فمتى أثبت المحضر أنه انتقل الى محل الطاعنة وخاطب سيدة سماها ونقل عنها أنها مقيمة معها ، فإن هذا البيان واضح الدلالة على أن إعلان صحيفة الدعوى الابتدائية قد تم وفق القانون ، ولا يصح النعى على الحكم بأنه لم يبين صلة من تسلمت الاعلان بالطاعنة .

(الطعن٣٨ لسنة ٤٥ق "احوال شخصية"جلسة ١٢ / ١ / ١٩٧٧س٢٨ ص٢٣٢)

كيفية تسليم أوراق الاعلان . اعتبار الدعوى كأن لم تكن بعدم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع الصحيفة . المادتان ١٠ ، ٧٠ مرافعات . سريانها على دعاوى الاحوال الشخصية . ق٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

اذ كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تنص باتباع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، وذلك فيما عدا الاحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الاخرى المكملة لها، وكانت المادة ١٣ منه قد الغت المواد من ٤٨ حتى٦٢فيما عدا المادة ٥٢ من اللائحة المشار اليها وهى الخاصة برفع الدعاوى وقيدها أمام محكمة الدرجة الاولى ، فان قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية تكون هى الواجبة التطبيق ومن بينها المادة العاشرة التى تقضى بأن تسلم الاوراق المطلوب اعلانها الى الشخص نفسه أو فى موطنه والمادة ٧٠ التى تقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن اذ لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة الى قلم الكتاب .

(الطعن١٠ لسنة ٤٥ق "احوال شخصية" جلسة ٩ / ٢ / ١٩٧٧س٢٨ ص٤٣٠)

حضور المدعى عليه بناء على إعلان باطل . أثره. سقوط حقه في التمسك بالبطلان . حضوره من تلقاء نفسه أو بناء على ورقة أخرى . لايسقط حقه في التمسك بالبطلان . م ١١٤ مرافعات .

النص فى المادة ١١٤ من قانون المرافعات على أن " بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الاعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه فى الجلسة أو بايداع مذكرة بدفاعه " يدل على أن حضور الخصم الذى يعنيه المشرع بسقوط الحق فى التمسك بالبطلان هو ذلك الذى يتم بناء على إعلان الاوراق ذاتها فى الزمان والمكان المعينين فيها لحضوره دون الحضور الذى يتم فى جلسة ثانية من تلقاء نفس الخصم أو بناء على ورقة أخرى ، فإنه لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان ، اذ العلة من تقرير هذا المبدأ هى اعتبار حضور الخصم فى الجلسة التى دعى اليها بمقتضى الورقة الباطلة حقق المقصود منها ويعد تنازلا من الخصم عن التمسك ببطلانها ، وبالتالى فان ما خلص اليه الحكم ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون باطلاقه القول بأن الحضور يسقط الحق فى التمسك ببطلان الاعلان دون قصره على الحضور الذى يتم بناء على ذات الاعلان الباطل .

(الطعن ١٠ لسنة ٤٥ق "احوال شخصية" جلسة ٩ / ٢ / ١٩٧٧س٢٨ ص٤٣٠)

الموطن فى مفهوم المادتين ٤٠ مدنى، ٢٠ من اللائحة الشرعية. المكان الذى اعتاد الشخص الاقامة فيه بصفة مستقرة. التغيب عنه فترات . لا أثر له .

النص فى المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن "الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .... يدل على أن المشروع اعتد بالتصوير الواقعى للموطن - وعلى ماجاء بالمذكرة الايضاحية - استجابة للحاجات العملية واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الاسلامية التى أفصحت عنها المادة

٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الاقامة العادى ، وجعل المعول عليه فى تعيينه الاقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط فى الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون اقامته بصفة مستقرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ، ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة .

(الطعن٣٦ س ٤٥ق "احوال شخصية" جلسة ١ / ٦ / ١٩٧٧س٢٨ ص١٣٥٤)

الاصل فى الاختصاص المحلى ان الدعوى ترفع أمام المحكمة الواقع فى دائرتها محل اقامة المدعى عليه وسبق ان عرضنا فى التعليق على المادة ٢٠ السابقة المقصود بالموطن وقد قضى

عدم اعتداد المحكمة الاستئنافية بالموطن الذى تم فيه اعلان الحكم الابتدائى استناد المحكمة فى ذلك الى شهادة صادرة من مصلحة الهجرة والجنسية بأن المحكوم عليها وزوجها مهاجرين للخارج من آخر سنة ١٩٧٠ ولم تحضر الى مصر طوال سنة ١٩٧٣ التى تم خلالها الاعلان لاخطأ .

(الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٤٧ق ـ جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٩س٣٠ ص٩٤٨)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان بطلان اوراق الحضور لعيب فى الاعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلق بالنظام العام فلا يجوزه لغير الخصم الذى بطل اعلانه الدفع به

(الطعن٦ لسنة ٥١ق "احوال شخصية" جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٨٢ لم ينشر بعد)

الموطن فى الشريعة الاسلامية ماهيته . احتمال تعدده . عدم انتقاصه بموطن السكن . تقدير قيام عنصر الاستقرار بنية الاستيطان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

الموطن الاصلى طبقا للرأى السائد فى الفقه الاسلامى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - هو موطن الانسان فى بلدته أو فى بلدة أخرى أتخذها دارا توطن فيها مع أهله وليس فى قصده الارتحال عنها وإن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص بموطن السكنى ، وهو ما استلهمه المشرع فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتقدير قيام عنصر الاستقرار بنية الاستيطان من مسائل الواقع الذى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

(الطعن ٣٠ س٥٢ق "احوال شخصية" جلسة ٢٤ / ٥ / ١٩٨٣س٣٤ ص١٢٨٥)

عدم اعادة اعلان من لم يعلن لشخصه فى مسائل الاحوال الشخصية . أثره. اعتبار الحكم الصادر فى حقه غيابيا تجوز فيه المعارضة . علة ذلك.

لما كانت الاحكام الصادرة فى مسائل الاحوال الشخصية يجوز الطعن فيها بطريق المعارضة فان عدم اعادة اعلان من لم يعلن لشخصه من المدعى عليهم الغائبين لا يترتب عليه - وعلى ماهو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - بطلان الحكم الصادر فى الدعوى وانما يؤدى الى مجرد اعتبار الحكم غيابيا فى حقه تجوز له المعارضة فيه امام محكمة الموضوع .

(الطعن٣٣ لسنة ٤٧ق "احوال شخصية"جلسة ١٧ / ١ / ١٩٨٤س٣٥ ص٢١٨)

المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من تسلم منه الاعلان متى انتقل الى موطن الشخص المراد اعلانه وذكر أنه سلم صورة الاعلان الى أحد أقارب أو اصهار المعلن اليه المقيمين معه أو من يقرر أنه وكيله أو يعمل فى خدمته .م١٠ / ٢ مرافعات .

(الطعن٩٦٤ لسنة ٥١ق "احوال شخصية"جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٨٥لم ينشر بعد)

خلو صورة اعلان أوراق المحضرين من بيان تاريخ ووقت حصول الاعلان واسم المحضر الذى باشر الاعلان وتوقيعه والمحكمة التى يتبعها واسم من سلمت اليه وصفته . اثره. بطلان الاعلان . استيفاء ورقة أصل الاعلان لهذه البيانات أو حضور المعلن اليه بالجلسة لا يزيل هذا البطلان . المادتان ٩، ١٩ مرافعات .

(الطعن٢٢٣٢ لسنة ٥٢ق "احوال شخصية"جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٨٦لم ينشر بعد)

الموطن فى الشريعة الاسلامية . ماهيته. احتمال تعدده . عدم انتقاصه بموطن السكن .

(الطعن٦٥ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية" جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

الموطن لا فرق بينه وبين محل الاقامة . م٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . المعمول عليه فى تعيينه . الاقامة فيه بصفة مستقرة ولو لم تكن مستمرة . تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا .

(الطعن٧٨ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية" جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

وحيث ان هذا النعى فى غير محله ذلك ان النص فى الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المرافعات على انه " اذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب اعلانه فى موطنه كان عليه ان يسلم الورقة الى من يقرر انه وكيله او انه يعمل فى خدمته او انه من الساكنين معه من الازواج والاقارب والاصهار ..." يدل على ان المشرع لم يوجب على المحضر التحقق من صفه من يتقدم اليه فى موطن المعلن اليه لتسلم الورقة ، فمتى اثبت المحضر انه انتقل الى محل اقامة الطاعنة واثبت فى محضره انه خاطبها شخصيا فامتنعت عن استلام صورة الاعلان فقام بتسليم صورة الصحيفة الى جهة الادارة فان

هذا البيان واضح الدلالة على ان الاعلان قد تم وفق القانون ولا يصح النعى على الحكم بأن المحضر لم يتحقق من شخص من تخاطب معه ، لما كان ذلك وكانت التحريات الكافية للتقصى عن محل اقامة المعلن اليه شرط لصحة اعلانه فى النيابة العامة دون تسليم الاعلان لجهة الادارة وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان المستأنف عليها (الطاعنة) اعلنت اعلانا صحيحا بصحيفة الدعوى لجهة الادارة لغلق مسكنها وانها اعلنت فيه بحكم التحقيق وخاطبها المحضر شخصيا وامتنعت عن استلام الصورة مما يفيد ان لها موطنا بدائرة المحكمة التى اصدرت الحكم ، فانه يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعى عليه على غير اساس .

(الطعن ١٢٠ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية" جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

اعلان أوراق المحضرين. الأصل فيه. وصول الاعلان الى علم المعلن اليه بتسليم الصورة الى شخصه أو اعلانها فى موطنه. المادتان ١٠ ، ١١ مرافعات.

(الطعن ٤٨ لسنة ٥٩ق "احوال شخصية" جلسة ٤ / ٦ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

الموطن . ماهيته . جواز تعدده . م ٤٠ مدنى . تحديد المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة اقامة فعلية على نحو من الاستقرار بما يتحقق به الموطن . من سلطة قاضى الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض .

(الطعن ٢٨٧٤ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية" جلسة ٢٢ / ١٢ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

اعلان الأوراق القضائية للنيابة . استثناء لا يصلح اللجوء اليه الا بعد القيام بتحريات كافية دقيقة للتقصى عن محل اقامة المعلن اليه وعدم الاهتداء اليه . لا يكفى مجرد رد الورقة بغير اعلان .

(الطعن ٢٢٣٣ لسنة ٥٨ق "احوال شخصية" جلسة ٢٩ / ١١ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

(الطعن ٤٣٢ لسنة ٥٩ق "احوال شخصية" جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

اعلان الأوراق القضائية . وجوب ان يتم أصلا فى الموطن الأصلى للخصم. اعلانها فى الموطن المختار . جائز . المواد ١٠ ، ١٢ / ٢ ، ٦٣ مرافعات، ٤٣ / ١ مدنى اتخاذ الخصم موطنا مختارا له . أثره . صحة اعلانه فيه .

(الطعن٥٥٣ لسنة٥٦ق"احوال شخصية"جلسة٨ / ١١ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

(نقض جلسة ٢١ / ٤ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ١١٧٣)

اثبات المحضر فى ورقة الاعلان وجود المكتب مغلقا . عدم جواز المجادلة فيه الا بطريق الطعن بالتزوير .

(الطعن٥٥٣ لسنة٥٦ق"احوال شخصية"جلسة٨ / ١١ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

اكتساب أحد طرفى الخصومة صفة من الصفات المبينة بالمادة ١٣ / ٦ مرافعات . وجوب ان يكون معلوما للخصم الآخر علما يقينيا وقت مباشرته اعلان خصمه . وجوب اعلانهم الى الادارة القضائية بالقوات المسلحة والا صح الاعلان طبقا للقواعد العامة . تخلف ذلك . أثره . بطلان الاعلان .م ١٩ مرافعات .

(الطعن١١٥٦ لسنة٥٨ق"احوال شخصية"جلسة٤ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

خلو قانون ايجار الأماكن وقانون المرافعات من تنظيم وكيفية الاخطار بالبريد . أثره . وجوب الرجوع الى قوانين هيئة البريد ولوائحها . الرسائل المسجلة بعلم الاستلام . وجوب تسليمها لذات المرسل اليه أو وكيله . رفض التوقيع بما يفيد الاستلام أو تعذر الحصول عليه . وجوب اثبات عامل البريد ذلك - المادتان ٣٢ ، ٤٣ من اللائحة التنفيذية لقانون البريد رقم ١٦ لسنة

١٩٧٠ الصادر بها قرار وزير المواصلات رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٢ . تخلف هذه الاجراءات أو تمامها بطريقة تنطوى على الغش . أثره . بطلان الاخطار ولو استوفى فى ظاهره شكله القانونى .

(الطعن٣٣٤٣ لسنة٦٢ق"احوال شخصية"جلسة٢١ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

(الطعن١٠٧٨ لسنة٥٢ق"احوال شخصية"جلسة٢٣ / ٣ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الاعلان . نسبى . عدم جواز التمسك به الا لمن شرع لحمايته ولو كان النزاع غير قابل للتجزئة .

(الطعن٦٩٣ لسنة٥٨ق"احوال شخصية"جلسة١٠ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

(نقض جلسة ٢٩ / ١١ / ١٩٧٩ س ٣٠ ص ١٨٢٦)

(نقض جلسة ٣٠ / ٦ / ١٩٨٣ س ٣٤ ص ١٥١٤)

بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الاعلان . بطلان نسبى . لصاحب المصلحة وحده التمسك به أمام محكمة الموضوع .

(الطعن٧٦٣ لسنة٥٧ق"احوال شخصية"جلسة٢٥ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

(الطعن١١٩ لسنة٤٣ق"احوال شخصية"جلسة٥ / ٤ / ١٩٧٧س٢٨ص٩٠٩)

تعمد الخصم إخفاء قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله فى الدعوى وإبداء دفاعه فيها . من قبيل الغش . متى صدر الحكم على هذا الخصم فى غيبته . م ٢٢٨ مرافعات .

(الطعن٣٠٥٢ لسنة٥٧ق"احوال شخصية"جلسة٢٨ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

الغش يبطل التصرفات . قاعده واجبة التطبيق ولو لم يجر بها نص في القانون . مؤداها . بطلان الاعلان اذا حصل بطريقة تنطوى على غش .

(الطعن٢٣٠٦ لسنة٥٨ق"احوال شخصية"جلسة٢٩ / ٤ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

(الطعن٤٠٠٦ لسنة٦١ق"احوال شخصية"جلسة٢١ / ٦ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

تعمد الخصم إخفاء قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله فى الدعوى وإبداء دفاعه فيها . من قبيل الغش المبطل للاعلان .

(الطعن٢٣٠٦ لسنة٥٨ق"احوال شخصية"جلسة٢٩ / ٤ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

(الطعن٢٠٥٢ لسنة٥٧ق"احوال شخصية"جلسة٢٨ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

البطلان المترتب على عدم مراعاة اجراءات الاعلان . نسبى . لا يملك التمسك به الا من شرع لمصلحته ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة . إفادة من صح اعلانه بهذا البطلان . شرطه .

(الطعن٥٢١٧ لسنة٦٢ق"احوال شخصية"جلسة١٧ / ١١ / ١٩٩٣لم ينشربعد)

اعادة الاعلان . ماهيته . بطلانه لا يترتب عليه بطلان الحكم الا اذا تخلف الخصم عن حضور الجلسات التى نظرت فيها الدعوى .

(الطعن١٨٦٤ لسنة٥٩ق"احوال شخصية"جلسة٢٩ / ١١ / ١٩٩٣لم ينشر بعد)

وحيث ان هذا النعى مردود ذلك ان الموطن الأصلى طبقا للرأى السائد فى الفقه الحنفى هو موطن الانسان فى بلدته أو فى بلدة أخرى إتخذها دارا توطن فيها مع أهله وولده وليس فى قصده الارتحال عنها وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقض بعنوان السكن وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على ان " محل

الاقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » وكان تحديد عنصر الاستقرار وفيه الاستيطان اللازم توافرهما فى الموطن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض ما دام انه يقيم قضاءه على أسباب سائغة .

(الطعن ١٧٦ لسنة ٦٠ ق"احوال شخصية" جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الموطن فى الشريعة الإسلامية . ماهيته . إحتمال تعدده . عدم انتقاضه بموطن السكن . تقدير قيام عنصر الإستقرار بنية الإستيطان من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٢ ق"احوال شخصية" - جلسة ١١ / ١٢ / ١٩٩٥)

تحديد موطن الخصم بحكم سابق لا يجوز حجية فى دعوى أخرى لاحقة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٢ ق"احوال شخصية" - جلسة ١١ / ١٢ / ١٩٩٥)

الموطن فى الشريعة الإسلامية. ماهيته .

تقدير قيام عنصر الإستقرار ونية الإستيطان اللازم توافرهما فى الموطن من الأمور الواقعية . استقلال قاضى الموضوع بتقديرها متى كان استخلاصه سائغا له أصله الثابت بالأوراق . النعى عليه فى ذلك . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١١٢ لسنة ٦٢ ق"احوال شخصية" جلسة ٨ / ١ / ١٩٩٦)

الموطن طبقا للسائد فى الفقه الحنفى . ماهيته . احتمال تعدده . عدم انتقاضه بموطن السكن . تقدير قيام عنصر الإستقرار ونية الإستيطان من

الأمور الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة النقض مادام اقام قضاءه على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٦٤ لسنة٦٢ ق"احوال شخصية" - جلسة٢٦ / ١ / ١٩٩٦)

اتخاذ الطاعن موطنا غير الثابت بمراحل التقاضى بقصد اضافة ميعاد مسافه . غير مجد .

(الطعن رقم ١٤٣ لسنة٦٢ ق"احوال شخصية" - جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٩٦)

إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة محليا :

عند الحكم بعدم الإختصاص المحلى كما سبق وفقا للمادة ٢٠ ، ٢١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية والتى أوضحت القاعدة الأساسية فى الإختصاص المحلى فإن المحكمة متى قضت بعدم إختصاصها محليا يتعين عليها ان تقضى بعدم الإختصاص والإحالة وذلك إعمالا للمادة ١١٠ من قانون المرافعات وذلك لخلو اللائحة الشرعية من نص مماثل وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى للفصل فى موضوعها .

الفصل الثانى

الدفع بعدم الإختصاص النوعى فى دعاوى الأحوال الشخصية

الدفع بعدم الاختصاص النوعي:

الإختصاص النوعى هو الاختصاص المتعلق بتعدد طبقات المحاكم وهو امر تقضيه اعتبارات عده اهمها وجوب توافر محكمة عليا تشرف على صحة تطبيق القانون وتعمل على توحيد القضاء فى المسائل القانونية وتخصيص محاكم للفصل فى القضايا الكبيرة الأهمية وأخرى فى الفصل فى القضايا قليلة الأهمية وتخصيص محاكم للفصل فى الدعوى بصفة ابتدائية ومحاكم لنظر الدعوى بصفة استئنافية .

تطبيقات قضائيه بشأن الاختصاص النوعي بصفة عامة:

اختصاص المحكمة بالدعوى الاصلية لا يفقده ان لاحد الخصوم طلباً فرعياً لا تختص به.

ان المحكمة المختصة بالدعوى الاصلية لاتفقد اختصاصها بها لمجرد ان لاحد الخصوم او لخصم ثالث طلباً فرعياً لا يستطيع توجيهه امامها لعدم اختصاصها به .

(الطعن رقم ٩٠ لسنة ٣ ق - جلسة ١٠/٥/١٩٣٤)[1]

مادام القانون رقم ١٢ سنة ١٩٣٠ لم ينص من جهة على حكم الدعوى التى تزيد قيمتها على خمسة عشر الف قرش ولا يأمر فيها القاضى الجزئى - سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم - باحالتها الى

(١) راجع فى هذا الحكم والاحكام التى تليه الموسوعة الذهبية للأستاذين حسن الفكهانى وعبد المنعم حسنى ج ٢ ص ٤٢٦ وما بعدها .

المحكمة الابتدائية المختصة ، وما دام هو لم يمس ما عرف من قواعد المرافعات من ان قواعد الاختصاص المتعلق بقيمة الدعوى ليست من النظام العام ، فحكم القانون أنه اذا لم يحل القاضى الجزئى الدعوى التى أصبح الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية الى هذه المحكمة الاخيرة ولم يطلب منه احد هذه الاحالة ثم أصدر حكمه فى موضوع الدعوى فلا ينبغى اعتبار حكمه انه صادر من محكمة غير مختصة .

(الطعن رقم ٥٠ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٣٥/٤/١٨)

ليس في المواد ٢/١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢١ من قانون السلطة القضائية ما يوجب تقديم الطلب الى الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض في وقت معين .

ليس فى المواد ١٧ فقرة ثانية ، ١٨ ، ١٩ ، ٢١ ، من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ فى شأن السلطة القضائية ما يوجب تقديم الطلب الى الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض فى وقت معين .

(الطعن رقم ٣ لسنة ٣٠ ق دعوى مذهبية « هيئة عامة » جلسة ١٩٦٠/١٢/٣١ س ١١ ص ٥١٢)

تنص المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ على ان الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض تختص بالفصل فى الامور التالية : ١ - فى الإدعاء الواقع أثناء الدعوى أو بعد صدور الحكم ولو قطعيا بشأن عدم اختصاص محكمة مذهبية أو روحية برؤية الدعوى ٢ - فى مخالفة الاحكام الصادرة عن المحاكم المذهبية أو الروحية لقواعد الاصول والقانون وفى قابليتها للتنفيذ . ومفهوم ذلك أن الشارع لم يقتصر اختصاص الهيئة فى مسائل الأحوال الشخصية على نظر النزاع السلبى أو الايجابى فى الاختصاص بين مختلف محاكم الاحوال الشخصية بالاقليم الشمالى بل جعل

لها ولاية الفصل فى مخالفة الاحكام الصادرة من تلك المحاكم لقواعد الاصول والقانون ، وهى إذ تمارس هذه الولاية انما تكون جهة طعن لامحكمة تنازع .

(الطلب ٣ لسنة ٣٠ ق «دعوى مذهبية» جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٦٠ س ١١ ص ٥١٢)

تتقيد الهيئة العامة للمواد المدنية بوصفها محكمة نقض منعقدة بهيئة عامة فى نظر الطعون المقدمة لها بالقواعد التى وضعها قانون المرافعات فى بيان ما يجوز الطعن فيه من الاحكام وما لا يجوز ، ولما كان قانون السلطة القضائية لم يتضمن أحكاماً خاصه فى هذا الشأن تخرجه من نطاق القاعدة العامة ، وكان الحكم المطعون فيه غير منه للخصومه كلا أو بعضاً وانما صدر برفض وقف السير فى الدعوى فى منازعة أثيرت فى شأن صحة تشكيل المحكمة التى أصدرته مع التسليم باختصاصها - وهو أن انحسمت به الخصومة فى شأن التشكيل الا أن الخصومة الاصلية مازالت قائمة مترددة بين الطرفين - فإنه لا يقبل الطعن استقلالاً وفقا لنص المادتين ٢٢٠ من قانون أصول المحاكمات ، ٣٧٨ من قانون المرافعات التى لم تستثن من الاحكام القطعية التى لا يجوز الطعن فيها استقلالاً الا لحكم بوقف الدعوى الامر الذى يفيد سريان المبدأ العام الذى تقرره المادتان على الحكم برفض الدعوى اذ فضلاً عن أن ذلك هو مدلول النص فهو يتفق مع حكمته التشريعية .

(الطلب ٣ لسنة ٣٠ ق «دعوى مذهبية» جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٦٠ س ١١ ص ٥١٢)

متى كانت المحكمة الابتدائية مختصنه بالنظر فى طلب ما فإن اختصاصها هذا - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يمتد الى ماعساه ان يكون مرتبطاً به من طلبات أخرى ولو كانت مما يدخل فى الاختصاص النوعى للقاضى الجزئى . وعلى ذلك فمتى كانت الدعوى قد تضمنت الى جانب طلب المكافأة - وهو يدخل فى اختصاص المحكمة

الابتدائية - طلب بدل الانذار والاجازة ويجمع بينهما وبين المكافأة عنصر مشترك هو تحديد الاجر يتخذ اساساً لتحديدها ، فإن اختصاص المحكمة بالنظر فى طلب المكافأة يمتد الى بدل الانذار والاجازة .

(الطعن رقم٤٤٦لسنة ٣١ ق - جلسة ١٦/٢/١٩٦٦ س ١٧ص٣١٤)

مؤدى نص المادة ٩١١ من قانون المرافعات ان الشارع قصد - استثناء من أحكام قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ - اسناد الاختصاص بتوثيق محضر التبنى الى رئيس المحكمة الابتدائية دون وكلائها أو قضاتها ، وذلك لاعتبارات تتعلق بطبيعة التبنى من حيث جوازه وتوافر ما تستلزمه القوانين الأجنبية من شروط قد تدق على غيره ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع الى قانون المرافعات .

(الطعن١٢لسنة٣٧ق«أحوال شخصية» جلسة ١٤/١/١٩٧٠س٢١ص٩٠)

نص المادة ٨٢٥ مرافعات صريح فى أن المحكمة المختصه بتعيين المحكم - الذى لم يتفق عليه أو امتنع أو اعتزل عن العمل - هى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المتفق على فضه بطريق التحكيم ، فإن كان هذا النزاع لم يسبق عرضه على المحاكم أو عرضه على محكمة الدرجة الأولى المختصة أصلاً بنظره كانت هى المختصة بتعيين المحكم ، وان كان النزاع المذكور استئنافاً لحكم صدر من محكمة أول درجة ، كانت محكمة الاستئناف المختصه أصلاً بنظر هذا الاستئناف هى المختصه أيضاً بتعيين المحكم، ولا يغير من ذلك ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة من عدم جواز الطعن فى هذا الحكم بالمعارضة ولا بالاستئناف اذ أن المشرع انما قصد بهذا النص منع الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف فيما يجوز الطعن فيه من هذه الاحكام بأحد هذين الطريقين .

(الطعن رقم ١ لسنة ٣٦ ق - جلسة ٥/٣/١٩٧٠ س٢١ص ٤١١)

يشترط لاعتبار الحكم غير قابل لأى طعن طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن يكون صادراً فى منازعة ايجارية ناشئة عن تطبيق ذلك القانون وفقاً لاحكامه ، فإذا لم يتوافر هذا الشرط فإن الحكم يخضع بالنسبة لقابليته للطعن للقواعد العامة الواردة فى قانون المرافعات ، والعبرة فى معرفة ما اذا كان الحكم صادراً فى منازعة ناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ام غير ناشئة عن تطبيقه هى بما قضت به المحكمة لا بما طلبه الخصوم .

(الطعن رقم ١٤١ لسنة ٣٧ ق - جلسة٩ / ٣ / ١٩٧٢ س٢٣ ص٣٦٩)

متى كان يبين من الأوراق أن أمر الاداء وان وجه طلبه الى قاضى الامور الوقتيه ، الا انه يبين من الصورة الرسمية لهذا الامر ان الذى أصدره هو .. بوصفه رئيساً للمحكمة ، وليس بصفته قاضياً للامور الوقتية ، ومؤدى ذلك أنه أصدر هذا الامر بمقتضى سلطته القضائيه لا سلطته الولائية ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه - بمقولة انه قضى بتاييد أمر الاداء رغم بطلانه لصدوره ممن لا ولاية له وهو قاضى الامور الوقتيه - يكون فى غير محله .

(الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١١ / ٥ / ١٩٧٢ س٢٣ ص٨٧٢)

أجاز القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية الطعن امام محكمة النقض فى أحوال معينة وردت فيه على سبيل الحصر . ويبين من استقراء نصوص المواد ٩ ، ١٣ ، ٢٩ ، ٣٧ ، ٥٥ انه بالنسبة للقرارات الصادرة من مجلس النقابة أجاز القانون الطعن امام محكمة النقض فى تلك القرارات فى حالتين اثنتين فقط هما ما نصت عليهما المادتان ٩ ، ١٣ . اذا ما اصدر مجلس النقابة قراراً برفض التظلم المرفوع اليه من قرار لجنة القيد المنصوص عليها فى المادة الثامنة منه ، أو اذا ما أصدر قراراً بشطب اسم

أحد الأعضاء من الجدول - وليس فى المواد الأخرى السالف الاشارة اليها وهى خاصة بالطعن فى صحة الانتخاب ذاته ما يجيز الطعن امام محكمة النقض فيما قد يصدر من مجلس النقابة من قرارات أخرى .

(الطعن ٤ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٠٣٦)

اذا كانت المادة ٤٠ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الاماكن تقضى بان تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تطبيقه ، ولم يرد به نص يجيز الطعن فى الاحكام الصادرة فى تلك المنازعات مهما كانت قيمتها ، فإن مفاد ذلك أن المشرع جعل الطعن فى هذه الاحكام خاضعاً للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات .

(الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٤٩٩)

مؤدى نصوص المواد ٤٧ ، ٤٢ ، ٢١٩ / ١ ، ٢٢٣ من قانون المرافعات - ان الاصل ان المحاكم الابتدائية انما تختص بالحكم فى الدعاوى المدنية والتجارية التى تزيد قيمتها على مائتين وخمسين جنيهاً ، الا أن المشرع استثنى من هذا النصاب وخص المحاكم الابتدائية بالحكم فيها وجعل مناط الاستئناف الاحكام الصادرة من تلك المحاكم هو تجاوز قيمة الدعوى للنصاب الانتهائى فيكون الحكم الذى يصدر من المحكمة الابتدائية فى دعوى لا تزيد قيمتها على مائتين وخمسين جنيهاً ، غير قابل للأستئناف سواء كان اختصاصها بها بناء على قاعدة الاختصاص الواردة فى قانون المرافعات أو بمقتضى قوانين أخرى ما لم ير المشرع الخروج على ذلك بنص خاص .

(الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٤٩٩)

مفاد المادتين ٨٦ ، ٩٠ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أن المشرع حدد اختصاص دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة

النقض بجميع شئون رجال القضاء والنيابة العامة متى كان مبنى الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة للقوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تاويلها أو اساءة استعمال السلطة ، واستثنى من هذا الاختصاص القرارات الخاصة بالتعيين والترقية والنقل والندب وجعل الطعن في القرارات الصادرة بالترقية بطريق التظلم الى مجلس القضاء الاعلى وزاد على ذلك فجعل القرارات الصادرة بالتعيين والنقل والندب بمنأى عن أى طعن بأى طريق أو امام أية جهة قضائية أخرى .

(الطعن رقم ١٣٤ لسنة ٤٠ ق « رجال القضـــاء » جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ س ٢٤ ص ١٠٢٦)

اذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه - برفض الدفع بعدم اختصاص دائرة الاحوال الشخصية للمصريين على ان المدعيين يتمتعان بالجنسية المصرية أخذاً بالقاعدة التى قررها قانون الجنسية المصرى من ان من يولد لاب مصرى ، يكون مصريا هو الآخر ، دون نظر الى مكان ولادته أو جنسية الام أوقيام الزوجية وقت الميلاد ، ولانه لم يثبت كما قرر الحكم انهما اكتسبا الجنسية البريطانية، ولما كانت هذه الدعامة من الحكم ليست محل نفي من الطاعنة ، فإنه يكون صحيحاً اقامة الدعوى ابتداء ، بثبوت وراثتهما من والدهما المصرى الجنسية امام دائرة الاحوال الشخصية للمصريين.

(الطعن ٢١ لسنة ٣٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٩ / ١ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٢٣)

قرار المحكمة باحالة الدعوى الى الدائرة المختصه بنظر دعاوى الاجانب - لا ينطوى على قضاء بعدم الاختصاص - تشكيل دوائر لنظر قضايا الاحوال الشخصية للأجانب -من التنظيم الداخلى لكل محكمة - عدم تعلقه بالاختصاص النوعى .

قرار المحكمة باحالة الدعوى الى الدائرة المختصه بنظر دعاوى الاجانب - لا ينطوى على قضاء بعدم الاختصاص ، ذلك ان تشكيل دوائر لنظر قضايا الاحوال الشخصية للأجانب يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى لكل محكمة مما تختص به الجمعية العمومية بها ، ولا يتعلق بالاختصاص النوعى .

(الطعن ٢١ لسنة ٣٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٩ / ١ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٢٣)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان مفاد نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات انه اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى التى يجب عليها احالتها الى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بالاحالة سواء من طبقة المحكمة التى قضت بها أو من طبقة أعلى أو أدنى منها ، وانه اذا قضت لمحكمة بعدم اختصاصها نوعياً وباحالة النزاع الى محكمة أخرى ترى انها مختصه بنظره ولم يطعن فى هذا الحكم من يرى خلاف هذا النظر بل قبله بتنفيذه وابداء دفاعه الموضوعى امام محكمة الاحالة فإن هذا الحكم الصادر فى الاختصاص يحوز حجية الشئ المقضى فيه بحيث يمتنع اثارة عدم اختصاص المحكمة المحال اليها النزاع ، لأن محل ذلك انما كان عن طريق استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص والاحالة . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ان الحكم فى الدعوى رقم ١٤٣٦ لسنة ١٩٨٢ مستعجل الجيزة والقاضى بعدم اختصاص المحكمة نوعياً بنظر الدعوى وباحالتها الى محكمة الجيزة الابتدائية قد حاز حجية الشئ المقضى فيه بعدم الطعن عليه فى حينه والتزمت المحكمة المحال اليها الدعوى بالفصل فيها فانها تكون قد التزمت صحيح القانون ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بسببى النعى - بعد ان قبل الطاعن هذا القضاء بعدم الطعن عليه . على غير أساس .

(الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٥ / ٩ / ١٩٩١)

الاختصاص بسبب نوع الدعوى أو قيمتها من النظام العام - المادة ١٠٩ مرافعات - مؤداها.

أن مؤدى نص المادة ١٠٩ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الاختصاص بسبب نوع دعوى أوقيمتها من النظام العام ، ولذا فان مسألة الاختصاص بالنسبة لقيمة الدعوى تعتبر قائمة فى الخصومة ومطروحة دائماً على محكمة الموضوع ويعتبر الحكم الصادر فيها فى الموضوع مشتملاً حتماً على قضاء ضمنى باختصاصها ، ومن ثم فإن الطعن بالنقض على الحكم الصادر منها يعتبر وارداً على القضاء الضمنى فى مسألة الاختصاص سواء آثارها الخصوم في الطعن أم لم يثيروها ، أبدتها النيابة أم لم تبدها باعتبار أن هذه المسألة وفى جميع الحالات تعتبر داخلة فى نطاق الطعن المطروح على محكمة النقض .

(الطعن رقـــم ١١٢٠ لســـنة ٥٤ ق - جلسة ١٥/١٢/١٩٩١)

طلب تعيين مصف للتركة - لايعد من قبيل الاعمال التجارية - تشكيل دوائر مختصة بالمحكمة الابتدائية - تخصيص بعضها لنظر أنواع معينة من المنازعات - لايتعلق بالاختصاص النوعى.

انه وان طلب تعيين مصف للتركة لا يعد من قبيل الأعمال التجارية فان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تشكيل دوائر مختصة بالمحكمة الابتدائية وتخصيص بعضها لنظر انواع معينة من المنازعات يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى للمحكمة مما تختص به الجمعية العمومية بها ولا يتعلق بالاختصاص النوعى لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فان النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

(الطعن رقـــم ١٩٣٥ لســـنة ٥٧ ق - جلسة ٩/٤/١٩٩٢)

إختصاص المحكمة الإبتدائية وحدها بالفصل نهائيا في الطعون على القرارات الصادرة بشأن حل مجلس ادارة الجمعية الزراعية . أو بوقف أحد اعضائه أو إسقاط عضويته القرار الصادر من لجنة الإشراف على انتخابات مجلس الإدارة بإستبعاد أحد المرشحين لعضوية المجلس ليس من تلك القرارات.

(الطعن رقم ٣٢٨٢ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/٦ لم ينشر بعد)

دعوى أيلولة الأرض الزراعية إعمالا للمادتين ٢٣ ، ٢٤ من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . إختصاص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها أيا كانت قيمتها .

(الطعن رقم ١٨٦٠ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٦/٥/١٥ لم ينشر بعد)

القرار الصادر من المحكمة الإبتدائية بإحالة النزاع الى المحكمة الجزئية المختصة بنظره تستنفد به ولايتها بشأنه .

النزاع المتعلق بإيجار الأراضى الزراعية إختصاص المحكمة الجزئية نوعيا بنظره أيا كانت قيمة الدعوى م ٣٩/ ١ مكرر من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٧٩ قرار المحكمة الإبتدائية بإحالة النزاع الى المحكمة الجزئية المختصة قضاء ضمنى بعدم إختصاصها نوعيا بنظره يخرج به النزاع من ولايتها ولا يجوز إعادة النظر فيه ولو بإتفاق الخصوم كما لا يجوز لها الغاؤه أو العدول عنه ولو أبديت بعد صدوره طلبات جديدة .

(الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٦/١٢ لم ينشر بعد)

قواعد الإختصاص النوعى فى مسائل الأحوال الشخصية:

وفقا لصريح نص المادة ٦ التى يجرى نصها على النحو التالى:

« تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية :

حق الحضانة ، وحق الحفظ .

انتقال الحاضنة بالصغير الى بلد آخر .

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما اذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على النصاب المبين فى المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك .

الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير اذا كان مجموع الزائد والاصل أكثر من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع أو أكثر من ثلثمائة قرش فى مجموع الطلبات .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى اذا زاد مجموع ماطلب أو حكم به على ألفى قرش.

النفقات بين الاقارب .

المهر والجهاز اذا زاد المستحق للطالب على ألفى قرش أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش.

دعوى الارث بجميع أسبابها فى التركات التى لاتزيد قيمتها على عشرين ألف قرش.

ـ مرد اسب فى غير الوقف .

الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ماسبق .

الطلاق والخلع والمبارأة

الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين.

وتكون أحكام النفقات المذكورة فى هذه المادة نافذة مؤقتا ولو مع حصول المعارضة أو الاستئناف » .

إختصاص المحاكم الإبتدائيه الشرعيه :

يجرى نص المادة ٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه على النحو التالى:

« تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة .

وتختص بالحكم النهائى فى قضايا الاستئناف الذى يرفع اليها فى الاحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية طبقا للمادة السادسة ويكون قرارها فى تصرفات الاوقاف نهائيا فيما يأتى:

(أ) الاذن بالخصومة .

(ب) طلب الاستدانة اذا كان المبلغ المطلوب استدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى .

(جـ) طلب الاستدانة وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير والتأجير لمدة طويلة وتغيير المعالم اذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنيه مصرى .

ويكون قرارها ابتدائيا قابلا للاستئناف فيما عدا ذلك .

وتقدر قيمة الاعيان الموقوفة على حسب القواعد المقررة فى المواد ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ ، من لائحة الرسوم المعمول بها أمام المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٤ المؤرخ ٢٨ مارس سنة ١٩٠٩ ».

ملحوظة هامه : نذكر فى هذا المقام بما كانت تنص عليه الماده ٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه من أن :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية فى سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث بالحكم فى جميع المواد المنصوص عليها فى المادتين السابقتين وفى جميع المواد الشرعية الاخرى التى هى من اختصاص المحاكم الابتدائية كما هو مبين فى المادة الثامنة الآتية. ويكون حكمها فى جميع ما ذكر غير قابل للطعن الا بطريق المعارضة فى الاحوال المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه اللائحة ».

وقد قضى بعدم دستوريتها وذلك فى الدعوى رقم ٣٩ لسنة ١٥ ق دستورية وذلك بجلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ حيث جاء بهذا الحكم إن النص المطعون فيه قد مايز بين المتقاضين فى مجال التداعى فى شأن الحقوق التى يطلبونها - لا بناء على إعتبار يرتد الى طبيعتها أو يتصل بتنظيم الحق فى اقتضائها ، بل ترتيبا على محال إقامتهم ، ذلك أن اللائحة المشار اليها كفلت لكل متقاض - لا يقيم فى جهة من الأماكن التى حددها النص المطعون فيه - حق الطعن استئنافياً فى الأحكام الإبتدائية الصادرة من المحاكم

الشرعية الجزئية . فإن كان مقيما بها ، فإن هذا الطريق من طرق الطعن يكون ممتنعا بالنسبة اليه . بما مؤداه استبعاد النص المطعون فيه لفئة بذاتها من المتقاضين من فرض الطعن المكفولة لسواهم رغم تماثلهم جميعا فى مراكزهم القانونية ، وتداعيهم في شأن الحقوق عينها . ومن ثم لا يكون هذا النص محمولا على أسس موضوعية ، بل متبنيا تمييزا تحكميا منهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

تطبيقات قضائية :

وقد استقر قضاء النقض على أن الدعاوى التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية قبل الغائها فى سنة ١٩٥٥ خضوعها للإجراءات المنصوص عليها فى لائحة المحاكم الشرعية.

مفاد المواد ٥ ، ٦/١ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن الدعاوى التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية ، تظل خاضعة للائحة ترتيب هذه المحاكم والقوانين الأخرى الخاصة بها ، وأن خلت هذه اللائحة وتلك القوانين من تنظيم للإجراءات فى الدعاوى المذكورة فعندئذ تتبع الإجراءات المبينة بقانون المرافعات بما فى ذلك ماورد بالكتاب الرابع .

(الطعن ٦١ لسنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٩ / ٤ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ١٠٥٠)

اختصاص محكمة الاحوال الشخصية للولاية على المال بالفصل فى مواد الحساب بين عديم الاهلية أو ناقصها وبين النائب عنهما . مناطه . قيام المادة أمامها . عدم تقديم الحساب اليها . أثره . للقاصر عند بلوغه سن الرشد حق الالتجاء الى طريق الدعوى العادية وفقا للقواعد العامة .

(الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق ـ جلسة ٣ / ٤ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ١٠١٧)

الدفع بعدم الإختصاص النوعى أو القيمى . تعلقه بالنظام العام . للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها فى أية حالة كانت عليها الدعوى. الحكم الصادر فى الموضوع . إشتماله على قضاء ضمنى فى الإختصاص .

(الطعن ٢٧٤ لسنة ٦٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٨ / ٧ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

وحيث أن هذا النعى غير مقبول ذلك أن الدفع بعدم الإختصاص القيمى وإن تعلق بالنظام العام إلا أن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض مشروط بأن تكون عناصره الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع .

(الطعن ٥٩٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين ٥ ، ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ٥٥ أن المشرع إستبقى بعض الأحكام الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية محكوما بذات القواعد التى كانت تحكمه قبل إلغاء هذه المحاكم والواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لابقواعد أخرى فى قانون المرافعات ، وأن هذه اللائحة لاتزال هى الأصل الأصيل الذى يجب إلتزامه بالنسبة لها .

(الطعن ٧٠ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٣ / ١ / ١٩٩٧ لم ينشر بعد)

الباب الثالث

الدفع بالاحالة فى دعاوى الأحوال الشخصية

أولا : الدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى

هو الدفع الذى يقصد به منع المحكمة من الفصل فى الدعوى المطروحة عليها واحالتها الى محكمة أخرى اما لقيام ذات النزاع امام المحكمة الاخرى، واما لقيام دعوى أخرى مرتبطة به .

وكما سبق أن ذكرنا فإن هذا الدفع تحكمه القواعد العامه فى قانون المرافعات فقد تختص اكثر من محكمة بدعوى واحدة ، كما اذا تعدد المدعى عليهم وكانت مواطنهم متعددة ، أو اذا اتفق على موطن مختار لتنفيذ عقد فيرفع المدعى دعوى امام محكمة مختصه ثم يرفعها امام محكمة أخرى مختصه قبل الفصل فى الدعوى الاولى لعدم رضائه عن اتجاه المحكمة فى تحقيق القضية المرفوعة امامها أو يتوفى اثناء سيرها ، فيرفعها ورثته امام محكمة أخرى لجهلهم بقيام النزاع امام المحكمة الاولى . كما قد يقيم شخص دعوى امام محكمة غير مختصة ثم يثبت لها اختصاصها بعدم الاعتراض عليها فى الوقت المناسب . فترفع الدعوى مرة أخرى لسبب من الاسباب المتقدمة أو لغيره من الاسباب امام محكمة أخرى مختصة .

واذ كان القانون لا يجيز ان تقوم دعوى واحده امام محكمتين حتى ولو كانت كل منهما مختصه بنظرها تفادياً لتضاعف اعمال المحاكم وتعدد الاجراءات وتناقض الاحكام .

الامر الذى اجازه من اجله القانون عند قيام دعويين عن موضوع واحد طلب احالة القضية الثانية على المحكمة المرفوع امامها القضية الاولى.

وتكاد تقترب شروط الدفع بالاحالة مع شروط الدفع بشروط الدفع بحجية الشئ المحكوم به فكل منهما يقصد به تفادى الحكم فى الدعوى مره ثانيه ومنعاً من تناقض الاحكام فى دعوى واحده غير ان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها لا يوجه الا اذا صدر حكماً فى إحدى الدعويين ولكن الدفع بالحجيه أوسع من نطاق الدفع بالاحالة لان الدفع بالحجية يقصد به تناقض الاحكام فى القضايا المرتبطة برباط لايقبل التجزئه بيد ان وليس منع ذلك ان ما يحققه الدفع بالحجيه يحققه الدفع بالاحالة .

شروط الدفع بالاحالة:

الشـرط الاول :

يجب ان تكون القضيه فى دعوى واحده وذلك باتحاد الموضوع والسبب والخصوم :

والاحالة تجوز ولو كان المطلوب فى احدى الدعويين جزء من المطلوب فى الاخرى ، كما اذا رفعت دعوى بعد ة طلبات موضوعية ، واقتصر موضوع الدعوى الثانية على المطالبة بطلب واحد منها .

ولا يلزم ان تكون القضيتان مرفوعتين بطريق واحد ، فقد تكون احداهما مرفوعة بطلب عارض فى خصومة أصلية .

رقابة محكمة النقض :

اذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص ما يراد استخلاصه من وقائع الدعوى للتحقق من اتحاد الموضوع والسبب والخصوم فى كل من الدعويين . فان لمحكمة النقض ان تتحقق من أن النزاع المطروح امام المحكمة هو عين النزاع الذى رفع أولاً ، وذلك لان شروط الاحالة مسلم بها فى الفقه والقضاء فينبغى ان يخضع رأى قاضى الموضوع فى تقدير الوقائع فى الدعوى وفى اعمال هذه الشروط بصدده لرقابة محكمة النقض.

الشرط الثانى :

ان تكون الدعوى قائمة بالفعل امام المحكمتين : فلا محل للاحالة اذا كانت احدى الخصومتين قد انقضت بالفصل فى موضوعها أو انقضت بغير حكم فى موضوعها كما اذا حكم بسقوطها أو بتركها [1]. أو باعتبارها كأن لم تكن أو ببطلان صحيفتها أو بعدم اختصاص المحكمة بنظرها.

ويراعى ان ترك الخصومة جائز حتى بعد قفل باب المرافعة ، وعلى ذلك اذا ترك المدعى الخصومة الاولى ، وقبل المدعى عليه هذا الترك - اذا كان رضاؤه لازماً لايقاع الترك - فلا محل للاحالة ويثبت الاختصاص للمحكمة التى رفعت اليها الدعوى متأخراً .

متى تحققت المحكمة التى رفعت اليها الدعوى متأخراً من توافر شروط الاحالة وجب عليها ان تحيل الخصومة فى الدفع الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى اولا وليست لها سلطة تقديرية فى هذا الصدد لان المصلحة فى الدفع تتحقق بمجرد توافر موجبات الحكم به ، هذا فضلاً عن ان المصلحة العامة تقتضى تفادى صدور احكام متعارضة فى القضية الواحدة كما انه لا محل لارهاق المدعى عليه بمتابعة أكثر من قضية واحدة طالما ان الموضوع واحد .

الشرط الثالث :

يتعين ان تتبع كل من المحكمتين جهة القضاء العادى : فلا تجوز الاحالة اذا كانت الدعوى مرفوعة امام محكمة القضاء الادارى واحدى المحاكم المدنية ، وتكون الجهة المختصة بتعيين المحكمة التى تستقل بنظر الدعوى المحكمة العليا بوصفها محكمة التنازع على الوجه المبين فى قانونها والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الاجراءات امام المحكمة العليا .

---

(١) يراجع فى هذا نظرية الدفوع د . أحمد أبو الوفا ص ٢٤٨ .

الشرط الرابع :

ان تكون المحكمة المطلوب الاحالة اليها مختصة بنظر الدعوى اختصاصا نوعيا ومحليا والا فلا معنى لاحالة الدعوى الى محكمة غير مختصة:

وتظهر اهمية هذا الشرط اذا رفعت دعوى المطالبة بجزء من دين ثم رفعت دعوى أخرى للمطالبة بالدين كله فهنا تجب احالة الدعوى الاخرى الى المحكمة التي تنظر الدعوى بطلب جزء من الدين بشرط ان تكون هذه المحكمة مختصة اختصاصا نوعياً بنظر الدعوى .

واذا كانت المحكمة المراد احالة الدعوى اليها غير مختصة اختصاصا محلياً بنظرها ، ولم يعترض على اختصاصها فى الوقت المناسب ثبت لها الاختصاص .

الحكم فى الدفع:

ان الحكم بالاحالة يتم تنفيذه فوراً دون استيفاء الشروط اللازمة لجواز تنفيذ الاحكام وعلى هذا فلا يلزم اعلانه كما انه يترتب عليه انقضاء الخصومة امام المحكمة التى رفعت اليها الدعوى متأخراً فتعتبره كأن لم تكن .

اما اذا قضت المحكمة برفض الاحالة بقت الخصومة الثانية بالاحالة والحكم الصادر فى الدفع بالاحالة لا يحوز حجية الشئ المحكوم به الا بشأن الخصومة التى صدر فيها ولا تنقضى به الا المحكمة التى اصدرته والمحكمة التى احيلت اليها الخصومه.

ثانيا : الدفع بالاحاله للارتباط

القاعدة العامة فى قانون المرافعات تحكم هذا الدفع فيجرى نص المادة ١١٢ مرافعات على النحو التالى:

« اذا رفع النزاع ذاته الى محكمتين وجب ابداء الدفع بالاحالة امام المحكمة التى رفع اليها النزاع أخيراً للحكم فيه .

واذا دفع بالاحالة للارتباط جاز ابداء الدفع امام أى من المحكمتين . وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها ».

ومن هذا النص يبين ان المشرع قد أجاز الدفع بالاحالة للارتباط ولم يعرف ما هو الارتباط .

وهناك تعريفات عديدة للارتباط منها ما ذهب اليه الاستاذ الدكتور احمد ابو الوفا الى ان الارتباط صله وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما امام محكمة واحدة لتحققهما وتحكم فيهما معاً منعاً من صدور احكام لا توافق بينها . وتبدو صلة الارتباط واضحة اذا كان الحكم فى احدى الدعويين قد يؤثر فى الأخرى . اما اذا كان الحكم فى احدى الدعويين من شأنه ان يؤثر حتماً فى الدعوى الاخرى ، فإن صلة الارتباط هذه لا تقبل التجزئه .

وعلى ذلك فلا يكفى لتوافر الارتباط ان تتشابه دعويان ولو كان الامر يقتضى اعمال قاعدة قانونية واحدة بصددهما . [1]

ومن اوضح صور الارتباط اتحاد الموضوع او السبب فى دعويين ، ومع ذلك لا يلزم حتى يتحقق الارتباط . ان يكون السبب أو الموضوع واحداً

---

(١) راجع فى هذا نظرية الدفوع للدكتور أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص٢٦٣ .

فيهما ، كما اذا رفعت دعوى للمطالبة بتنفيذ عقد ورفع الطرف الآخر دعوى بطلب بطلانه أو فسخه.

ولا يلزم أيضاً حتى يتحقق الارتباط ان يتحد طرفا الخصومة فى كل من الدعويين [١] . كما اذا رفعت دعويان من شخصين مختلفين على آخر للمطالبة بملكية عين ، فهنا يخشى تناقض الحكمين اذا لم تتم الاحالة ، أو كما اذا رفعت عدة دعاوى على المدين من جانب دائنيه ، أو وقعت عدة دعاوى على المدينين من جانب الدائن لمطالبتهم بالتزام واحد .

شروط الدفع بالاحالة للارتباط :

يشترط للدفع بالاحالة للارتباط وهو من الدفوع الشكلية الشروط الآتية: [٢]

١ - ان تكون المحكمتان المطلوب الاحالة منها واليها تابعتين لجهة القضاء العادى .

٢ - ان تكون المحكمتان من درجة واحدة .

٣ - توافر الارتباط الذى تقوم المحكمة المقدم اليها الدفع بتقدير وجوده أو عدم وجوده .

٤ - ان تكون المحكمة المطلوب الاحالة اليها مختصة بالدعوى المطلوب احالتها .

٥ - ان تكون الدعويان قائمتين بالفعل امام المحكمتين .

---

(١) راجع فى هذا نظرية الدفوع المرجع السابق ص ٢٦٣ .
(٢) راجع أصول المرافعات المدنية والتجارية للدكتور نبيل اسماعيل عمر ص ٦٠٧ .

ويقدم الدفع بالاحالة فى هذه الحالة الى المحكمة المطلوب الاحالة منها وهى التى تقوم بالفصل فيه وتبحث شروط قبوله أو عدم قبوله . فإذا وجدت شروط القبول متوافرة وجب عليها الحكم بالاحالة . ومع ذلك فقد تقدر لسبب أو لآخر عدم الاحالة وعلى ذلك يمكن القول بأن الاحالة هنا تخضع لتقدير المحكمة فهى جوازية .

واذا حكمت بالاحالة فان الدعوى تنتقل بحالتها الى المحكمة المحال اليها . وتلتزم هذه الأخيرة بحكم الاحالة بشرط ان تكون مختصة بنظر النزاع .

اما اذا كانت المحكمة المحال اليها غير مختصة ، وهذا يفترض عدم توافر شروط الاحالة . فلا يمنع حكم الاحالة هذه المحكمة الأخيرة من الحكم بعدم الاختصاص والاحالة وفقاً للمادة ١١٠ مرافعات .

واذا حكم بالاحالة للارتباط ، وقبل طرح الخصومة على المحكمة المحال اليها ، كانت هذه الأخيرة قد فصلت فى الموضوع ، فلا يجوز لها نظر الدعوى من جديد لسبق الفصل فى الموضوع ، ويجوز لها اثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها .

تطبيقات قضائية :

رفع الدعوى بوقف سريان عقد الايجار وسقوط حق المؤجر فى الاجرة ليس من شأنه ان يمنع محكمة أخرى من الفصل فى ذات الطلب ما دام قد رفع اليها ولم يتمسك أحد من الخصوم بالدفع باحالة الدعوى بشأنه الى المحكمة الأولى لقيام ذات النزاع امامها ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وأعرض عن الفصل فى طلب وقف سريان عقد

الايجار فى المدة المذكورة وسقوط حق المؤجر فى الأجرة خلالها لقيام ذات النزاع بشأنها امام محكمة الوايلى فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(نقض ١٤/٦/١٩٧٣ س ٢٤ ص ٩١٩ مج فنى مدنى)

الدفع بطلب الاحالة الى محكمة أخرى لقيام دعوى أخرى مرتبطه بها وأن كان يسقط الحق فيه بعد ابداء أى طلب أو دفاع موضوعى فى الدعوى الا ان التمسك بهذا السقوط يجب أن يتم امام المحكمة التى يبدى امامها الدفع وقبل صدور الحكم بالاحالة .

(نقض ٢٢/١٢/١٩٧٥س ٢٦ ص ١٦٤٠ مج فنى مدنى)

وحيث ان هذا النعى مردود ذلك ان الدفع بطلب الاحالة الى محكمة أخرى لقيام الدعوى أخرى مرتبطة بها متروك تقديره لمحكمة الموضوع تجيبه أولا تجيبه حسبما يتبين لها ما اذا كانت المنازعة المرتبطة بها جديه ومؤثرة على الدعوى فتحيلها الى المحكمة الأخرى أم أنها ليست كذلك فتطرح هذا الدفع جانبا وتسير فى الدعوى .

(الطعن رقم ٣١١٩ لسنة ٥٩ ق - جلسة١٠/٢/١٩٩٤ لم ينشر بعد)

ثالثا : الاحالة بموجب المادة ٤٦ مرافعات

يجرى نص المادة ٤٦ على النحو التالى:

« لا تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم فى الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلى اذا كان بحسب قيمته أو نوعه لا يدخل فى اختصاصها .

واذا عرض عليها طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم فى الطلب الأصلى وحده اذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة والا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط بحالتها الى المحكمة الابتدائية المختصة ويكـــون حكم الاحالة غير قابلة للطعن ».

ويشترط لاعمال هذه المادة الشروط الآتية :

١ - الادلاء بطلب عارض أو طلب مرتبط أمام المحكمة الجزئية التى تنظر الطلب الأصلى .

والطلب العارض هنا هو طلب موضوعى وليس طلباً متعلقاً بإثبات الدعوى أو اجراء من إجراءات التحقيق . وهو طلب يعرض بعد رفع الدعوى الأصلية وقبل الفصل فيها ويرمى الى الحكم فيه مع الطلب الأصلى فى خصومة واحدة . وبالنسبة للطلب المرتبط لا يوجد ما يمنع من رفعه بدعوى أصلية .

٢ - الا يكون الطلب العارض أو المرتبط مما يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية . ففرض هذه المادة هو ان هذه الطلبات لا تختص بها المحكمة الجزئية أيا كان نوع عدم الاختصاص .

ويلاحظ ان محل اعمال هذه المادة يكون فى الحالة التى تقدر فيها قيمة الطلب العارض على استقلال عن الطلب الأصلى . أما اذا كان الطلب العارض مقدم من المدعى ويستند على ذات السبب الذى يستند عليه الطلب الأصلى ، فإن تقدير قيمة الدعوى يتم بجمع الطلبين معاً . فإذا زادت القيمة عن اختصاص المحكمة الجزئية القيمى وهو ٥٠٠ جنيه تعين عليها من تلقاء نفسها الحكم بعدم الاختصاص والاحالة ، بالنسبة لجميع الطلبات . الى المحكمة الابتدائية .

٣ - ان يترتب ضرر بسير العدالة اذا فصل بين الطلبين الأصلى والعارض أو المرتبط .

الاضرار بالعدالة عبارة مرنه مطاطة يتولى القاضى تقديرها وفقاً لظروف الدعوى وما تم فيها . فإذا وجدت المحكمة ان الفصل بين الطلبين الأصلى والعارض لا يضر بالعدالة فلها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ان تستبقى الطلب الأصلى امامها . وتحكم بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة الابتدائية فيما يتعلق بالطلب العارض أو المرتبط .

اما اذا وجدت ان العدالة تضار من جراء هذا الفصل فإنها تأمر باحالة الطلب الأصلى مع الطلب العارض أوالمرتبط الى المحكمة الابتدائية . ويلاحظ بالنسبة للطلب الأصلى ان المحكمة الجزئية تحكم فقط باحالته ولاتحكم بعدم الاختصاص به . لأنها وفقاً للقواعد العامة تختص بنظره .

وحكم الاحالة لايجوز الطعن فيه بأى طريق . ولا يعتبر حكم الاحالة مستأنفاً مع الحكم الصادر فى الموضوع وفقا للمادة ٢٢٩ / ١ من قانون المرافعات . لأن الاحكام الفرعية التى تعتبر مستأنفة مع الحكم الصادر فى الموضوع هى الاحكام الصادرة من ذات المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه بالاستئناف .

وحكم الاحالة قد صدر من المحكمة الجزئية ونص المادة ٤٦ واضح فى عدم جواز الطعن عليه بأى طريق .

اما الحكم الصادر برفض الاحالة فهو يخضع للقواعد العامة فى الطعن وبما انه حكم فرعى غير منهى للخصومة فهو لا يقبل الطعن المباشر .ومع ذلك يجوز الطعن فيه مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع . ويعد مستأنفاً بقوة القانون باستئناف الحكم الصادر فى الموضوع وفقاً للمادة ٢٢٩ / ١ مرافعات .[١]

٤ - ويتم احالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المحال اليها . أى بكل ما صدر فيها من أحكام ، وما أتخذ بمناسبتها من اجراءات . ولا يوجد مايمنع من التمسك بعدم اختصاص المحكمة المحال اليها وفقاً للقواعد العامة.

اذ كانت محكمة الدرجة الأولى قد قضت فى الدعوى رقم ... مدنى مصر الجديدة برفض الإدعاء بالتزوير واعادتها للمرافعة لنظر الموضوع وفى الدعوى رقم ... مدنى مصر الجديدة برفضها، وكان هذا الحكم لا يقبل التنفيذ الجبرى ولا يندرج ضمن باقى الاحكام التى استثنتها على سبيل الحصر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات واجازت الطعن فيها استقلالاً ومن ثم فإن الحكم لم تنهِ به الخصومة الأصلية التى تعلق النزاع فيها بأجره العين بل لايزال شق من موضوعها مطروحا امام محكمة أول درجة ولما كانت محكمة الاستئناف قد قضت بعدم جواز الاستئناف عن الحكم المستأنف رقم ... مدنى مصر الجديدة لان الحكم غير منه للخصومة ثم - قبلت بالرغم من ذلك الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى الدعوى رقم ... مدنى مصر الجديدة وحكمت فى موضوعه بإلغاء الحكم المستأنف وبرد فروق اجره عين النزاع عن المدة المطالب بها تأسيساً على ان العين المؤجرة خالية وليست مفروشة فإن حكمها لايكون بدوره منهياً للخصومة برمتها ومن ثم فإنه لايقبل الطعن فيه بالنقض الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها اذ لاينهض خطأ محكمة الاستئناف مبررا بها لتجاريها محكمة النقض فى ذلك الخطأ.

---

(١) راجع فى هذا المرجع السابق للدكتور نبيل اسماعيل عمر ص ٦١٠، ٦١١ .

الباب الرابع

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن

من المقرر وكما سبق أن أسلفنا أن المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » فقد دلت على أن المشرع وإن استبقى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف محكومة بذات القواعد التى كانت تحكمها قبل إلغاء هذه المحاكم والواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلا أنه أوجب إتباع أحكام قانون المرافعات فيما لم ترد بشأنه قواعد خاصة فى اللائحة ، وإذ خلت هذه اللائحة من القواعد الخاصة بحضور الخصوم أو وكلائهم بعد إلغاء موادها بموجب القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ مما مقتضاه وجوب اتباع أحكام قانون المرافعات فى هذا الخصوص.

ويجرى نص المادة ٨٢ مرافعات المعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على النحو التالي:

« اذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها والا قررت شطبها فاذا انقضى ستون يوماً ولم يطلب احد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها، اعتبرت كأن لم يكن .

وتحكم المحكمة فى الدعوى اذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم فى الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه ».

كما يجرى نص المادة ٩٩ مرافعات المعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على النحو التالى:

« تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن ايداع المستندات أو عن القيام بأى اجراء من اجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه ويكون ذلك بقرار يثبت فى محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية . ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق ولكن للمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها اذا أبدى عذراً مقبولاً .

ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر بعد سماع أقوال المدعى عليه .

واذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير فى دعواه خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهائها ، او لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن ».

ونعرض لذلك بالشرح والتفصيل :

الحالة الأولى : ما نصت عليه المادة ٨٢ مرافعات والسالف ايرادها والمعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وقد جاء بالمذكره الايضاحية لها تضمن المشروع فى المادة ٨٢ منه قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه اذا تغيب المدعى والمدعى عليه وجب على المحكمة ان تحكم فى الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها . وذلك اذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم فيها ، والا قررت المحكمة شطبها .

وهدف المشرع من هذا النص ، تفادى تراكم القضايا أمام المحاكم ، لأنه ما دام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم فليس ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تغيب الخصوم .

على أنه من البديهى أن المقصود من عبارة « حكمت المحكمة فى الدعوى » أن المحكمة تنظر الدعوى وتحكم فيها سواء فى نفس الجلسة أو فى جلسة لاحقة اذا اقتضى الامر تأجيل الدعوى .

وقد رأى المشروع تقصير المدة التى تبقى فيها الدعوى قائمة بعد شطبها من ستة أشهر الى ستين يوماً ليحفز الخصوم على تعجيل السير فيها منعاً لتراكم الدعاوى أمام القضاء .

وتعالج الفقرة الثانية من المادة ٨٢ حالة غياب المدعى أو المدعين أو بعضهم فى الجلسة الأولى وحضور المدعى عليه.

ومقتضى نص هذه الفقرة أن المحكمة تنظر الدعوى وتحكم فيها دون حاجة الى تأجيلها كما يقضى بذلك القانون القائم لأن المدعى وقد رفع الدعوى فهو عالم بقيامها كما أنه يعلم بالجلسة المحددة لنظرها اذ توجب المادة ٦٧ من المشروع تحديد الجلسة فى حضوره - وقد أبدى أقواله فى صحيفتها فلا يكون غيابه مانعاً من نظر الدعوى .

اما اذا تعدد المدعون وتغيب بعضهم وحضر البعض الآخر فلا يؤثر غياب البعض على نظر الدعوى وانما تستمر المحكمة فى نظرها .

وجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ أنه نظراً لما يعمد اليه بعض المتقاضين تلاعباً ، ورغبة فى إطالة أمد النزاع من التغيب عن الحضور ليتقرر شطب الدعوى ثم يطلب السير فيها فى الأجل المحدد ثم يعود للتغيب فيتكرر شطبها عديد من المرات ، ونظراً لما يتعين ان يتوافر فى

المتقاضى من جدية تتناسب مع طرقه محراب العدالة ، لذلك رأى المشروع النص على حظر شطب الدعوى لأكثر من مرة واحدة ، وبذلك تعدل حكم الفقرة الأولى من المادة ٨٢ فنصت فى حكمها الجديد على أنه اذا انقضى ستون يوماً بعد شطب الدعوى ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها أو لم يحضر الطرفان بعد السير فى الدعوى ، حكمت المحكمة باعتبارها كأن لم تكن ، وبديهى أن مقصود المشروع مما أورده عن عدم حضور الطرفين بعد السير فى الدعوى ، هو أن تكون الدعوى قد شطبت ثم جرى السير فيها ولم يحضرا ، وهنا لا يتصور أن يكون الشطب الذى وقع قبل السير فيها الا لمرة واحدة .

تطبيقات قضائية :

لا محل لتحدى الطاعنة من أن الغاية قد تحققت من حضور محامى المطعون ضده بجلستى ١٩٧٣/١٠/٢ ، ١٩٧٣/١١/١٣ عملاً بالمادة ٢٠ من قانون المرافعات ذلك أن إعتبار الدعوى كأن لم تكن هو جزاء نص عليه الشارع لعدم اعلان الخصم بصحيفة تعجيل السير فى الدعوى بعد شطبها خلال ستين يوماً من تاريخ التقرير بالشطب ما دام حق التمسك بالدفع لم يسقط بالكلام فى موضوع الدعوى عند نظرها بعد التجديد ، وبمجرد فوات هذا الميعاد دون اتخاذ هذا الاجراء يقطع فى عدم تحقق الغاية منه باعتبار أن حكمه المشرع من هذا الجزاء هى تقصير المدعى فى موالات السير فى الدعوى وحثه على متابعة اجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى امام المحاكم .

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/١٩ الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٤٨ ق)

نص المادة ٨٢ من قانون المرافعات قد جرى بأنه « اذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى اذا كانت صالحة

للحكم فيها والا قررت شطبها فاذا بقيت مشطوبه ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها أعتبرت كأن لم تكن مما مفاده ان الدعوى اذا بقيت مشطوبة المدة المذكورة ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن » بقوة القانون وعلى محكمة الموضوع أن تقضى بذلك متى طلبه المدعى عليه قبل التكلم فى الموضوع وذلك كجزاء لتقصير المدعى فى موالاة السير فى دعواه وحثه على متابعة اجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم ، ويسرى حكم تلك المادة على الاستئناف وفقاً لنص المادتين ٢٣٠ ، ٢٤٠ من قانون المرافعات .

(نقض جلســــة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٤ الطعن رقـــم ٤٣٤ لسنة ٤٩ ق)

نص المادة ٨٢ / ١ من قانون المرافعات قد جرى بأنه « اذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها والا قررت شطبها فإذا بقيت مشطوبة ستين يوما ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن » مما مفاده أن الدعوى اذا بقيت مشطوبة المدة المذكورة ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها ، اعتبرت كأن لم تكن بقوة القانون وعلى محكمة الموضوع أن تقضى بذلك متى طلبه المدعى عليه قبل التكلم فى الموضوع وذلك كجزاء لتقصير المدعى فى موالاة السير فى دعواه وحثه على متابعة اجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم ، ويسرى حكم تلك المادة على الاستئناف وفقاً لنص المادتين ٢٣٠ ، ٢٤٠ من قانون المرافعات .

(نقض جلســــة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٤ الطعن رقـــم ٤٣٤ لسنة ٤٩ ق)

مناط سقوط حق المدعى عليه في التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعـــدم تجديدها خلال ستين يومـاً مـن تاريخ شطبها وفقاً لنص المادة ٨٢ / ١ من قانون المرافعات هو الكلام فى موضوع الدعوى قبل الدفع ، لما يحمله التعرض لموضوعها من معنى الرد على الاجراءات باعتبارها صحيحة ،

وبالتالى النزول عن التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، أما اذا تخلف المدعى عن الحضور ولم يتكلم فى موضوع الدعوى حتى صدر فيها حكم محكمة أول درجة فإن حقه فى التمسك بالدفع امام محكمة الاستئناف لايسقط الا اذا لم يبده فى صحيفة الاستئناف حسبما تقضى به المادة ١٠٨ / ١ من قانون المرافعات .

(نقض ١١ / ٦ / ١٩٨٤ الطعن رقم ١٤١٣ لسنة ٤٩ ق)

(نقض ٢٦ / ٥ / ١٩٩١ الطعن رقم ٢٩٧٠ لسنة ٦٠ ق)

لئن كان الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد الذى نص عليه القانون لا يتعلق بالنظام العام الا أن حق ابدائه لمن هو مقرر لمصلحته لايسقط الا بالتنازل عنه صراحة أو بالاجابة على موضوع الدعوى بدفع أو دفاع يفيد أسقاط حقه فيه أو النزول عنه ضمناً .

(نقض جلسة ٨ / ١٢ / ١٩٨٥ الطعن رقم ٩٦٨ لسنة ٥٢ ق)

مفاد نص المادة ٨٢ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ انه اذا تغيب المدعى والمدعى عليه وجب على المحكمة ان تحكم فى الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها والا قررت شطبها وانه اذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن وكان الثابت بالأوراق ان محكمة أول درجة اذ قررت فى ٣١ / ٥ / ١٩٨٣ شطب الدعوى بادر الطاعن الى تجديد السير فيها بصحيفة معلنة للمطعون عليها فى ٢ / ٦ / ١٩٨٣ طالباً الحكم فى موضوعها ، وبذلك تكون الدعوى قد استأنفت سيرها من جديد قبل انقضاء مدة الستين يوما ، واذ فصل الحكم المطعون فيه فى موضوع الدعوى ولم يجب الطاعن الى طلب الحكم باعتبارها كأن لم تكن ، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

(نقض جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٦ الطعن رقم ٤ لسنة ٥٥ ق)

القضاء بإعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديد السير فيها بعد شطبها خلال الأجل القانونى . أثره . زوالها بما فى ذلك صحيفة افتتاحها وزوال الآثار المترتبة عليها . خوض المحكمة فى موضوعها . غير جائز.

(الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٣/٩/١٩٩٦)

الحالة الثانية : هى المنصوص عليها فى المادة ٩٩ مرافعات. وجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ عنها « وفى سبيل عدم اطالة امد التقاضى اتجه المشروع الى تخفيض مدة الوقف الجزائى المنصوص عليها فى المادة ٩٩ فجعلها ثلاثة أشهر بدلا من ستة أشهر ، كما استحدث التعديل الحكم بوجوب تعجيل الدعوى خلال ثلاثين يوماً من اليوم الذى تنتهى فيه مدة الوقف وأوجب على المحكمة فى حالة تجديدها بعد انقضاء هده المدة أو فى حالة عدم تنفيذ المدعى ما أمرت به المحكمة أن تحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن بعد أن كان الحكم باعتبارها كذلك جوازياً للمحكمة فى القانون الحالى ».

تطبيقات قضائية :

النص فى المادة ١٠٩ من قانون المرافعات السابق معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وتقابلها المادة ٩٩ من القانون الحالى على أن « تحكم المحكمة على من تخلف من الخصوم أو من موظفى المحكمة عن القيام بأى اجراء من اجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة بغرامة ... ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعى بالغرامة ان تحكم بوقف الدعوى لمدة لاتجاوز ستة أشهر اذا تخلف عن ايداع مستنداته فى الميعاد أو عن تنفيذ أى أجراء كلفته به بعد سماع أقوال المدعى عليه واذا مضت مدة

الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمر به القاضى جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، يدل على أن الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن عملاً بالفقرة الأخيرة من هذه المادة هو أمر جوازى لمحكمة الموضوع يرجع فيه الى تقديرها، فإذا مارست المحكمة سلطتها وقضت بتوقيع هذا الجزاء ، ثم رفع المحكوم عليه استئنافاً عن هذا الحكم متظلماً منه ، كان على المحكمة الاستئنافية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تراجع محكمة الدرجة الأولى فى تقديرها له اذ ان الاستئناف ينقل الدعوى الى المحكمة الاستئنافية بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف، مما يقتضى من تلك المحكمة أن تعيد النظر فى الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية واذ كانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها عن ممارسة سلطتها فى مراقبة تقدير محكمة الدرجة الأولى تأسيسا على أن توافر شروط المادة سالفة الذكر يجب على المحكمة الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن متى طلب منها ذلك دون أن تكون لديها سلطة تقديرية فى هذا الصدد وبنت على ذلك قضاءها بتأييد الحكم المستأنف ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة ٢٦/٤/١٩٧٧ الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٣ ق)

متى كان وقف الدعوى جزاء اهمال المدعى فى اتخاذ ما تأمر به المحكمة فإنه يعتبر حكماً طبقاً للمادة ٩٩ من قانون المرافعات ويجوز الطعن فيه فور صدوره عملاً بالمادة ٢١٢ من ذات القانون . فإن لم يطعن على حكم الوقف فى الميعاد المحدد قانونا حاز قوة الامر المقضى ويمتنع معاودة النظر فيما تضمنه أو أثارة الجدل بشأنه .

(نقض جلسة ٢٤/١١/١٩٨١ الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٤٨ ق)

مفاد نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ان الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن هو أمر جوازى لمحكمة الموضوع يرجع فيه الى تقديرها ، وعلى محكمة الاستئناف مراجعة محكمة الدرجة الأولى فى تقديرها له .

(نقض جلسة ١٥/٣/١٩٨٩ الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٣ ق)

ملحوظة : هذه الاحكام قبل تعديل المادة ٩٩ بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

الباب الخامس

الدفع بسقوط الخصومة

النص القانونى :

يجرى نص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات على النحو التالى:

« لكل ذى مصلحة من الخصوم فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه ان يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر اجراء صحيح من اجراءات التقاضى » .

ويتجه الفقه الى تعريف سقوط الخصومة فى ضوء هذا النص بأنه انقضاؤها والغاء جميع اجراءاتها بناءاً على طلب احد الخصوم بسبب عدم موالاتها مدة سنه دون انقطاع (١) ويسرى حكم هذا النص على جميع حالات الوقف أو الانقطاع او لاى اسباب اخرى لعدم السير فى الدعوى طالما ان ذلك تم بفعل المدعى أو امتناعه .

تطبيقات قضائية :

حضور صاحب الدعوى بناء على تعجيل قلم الكتاب وابداؤه طلبات فى غيبة خصمه لا يعتبر من الاجراءات القاطعة من بطلان المرافعة.

لا يعتبر من اجراءات المرافعات الصحيحه القاطعة من بطلان المرافعة مجرد حضور صاحب الدعوى بناء على تعجيل قلم الكتاب وابداؤه طلبات من أى نوع كانت فى غيبة خصمه الذى لم يأبه لهذا التعجيل .

(الطعن رقم ٩١ لسنة ٣ ق - جلسة ١٩٣٤/٥/١٠) (٢)

---

(١) راجع فى هذا نظرية الدفوع المرجع السابق ص ٥٩٢ .

(٢) راجع فى هذا الحكم والأحكام التى تليه الموسوعة الذهبية المرجع السابق ج ٦ ص ٢٠٥ وما بعدها .

توجب المادة ٣٠١ من قانون المرافعات فيما يعتبره قاطعاً قانوناً لمدة بطلان المرافعة ان يكون اجراء من اجراءات المرافعة الصحيحة فى الخصومة ذاتها أى مقصوداً به المضى فى الخصومة وموجبها من ذى المصلحة فى متابعة السير فيها الى خصمه الذى يحق له طلب الحكم ببطلان المرافعة لاسقاط هذه الخصومة عنه - فلا تنقطع هذه المدة اذن لا بالاجراءات التى لا يمكن اعتبارها قانوناً من اجراءات الخصومة ولو كانت اجراءات قانونية فى ذاتها كالاجراءات المتعلقة بتغيير حالة الخصم أو عزله من الوظيفة المتصف هو بها، ولا بالاعمال غير القضائية كالانذارات والرسائل ومفاوضات الصلح الجارية الخالية مما يدل على اتمامه .

(الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٣٥/٦/٦)

نصت المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات على « أنه اذا توفى احد الأخصام أو تغيرت حالته الشخصية أو عزل من الوظيفة التى كان متصفا بها فى الدعوى قبل تقديم الأقوال والطلبات الختامية فيها فتوقف المرافعة بغير اخلال بحقوق الأخصام ويرجع اليها بتجديد الطلب من أو إلى من يقوم عمن أوقفت المرافعة بسبب وفاته أو عزله أو تغير حالته » وظاهر أن هذا النص يفيد ان من عليه الرجوع الى تمشية الدعوى هو من يهمه التعجيل فيها.

ولما كان التعجيل قد يكون من مصلحة وارث المتوفى والقائم مقام من تغيرت صفته أو حالته ، كما قد يكون من مصلحة الخصوم الباقين الذين لم يطرأ على حالتهم أو صفتهم تغير ، ولما كان من الجائز ايضاً ان يكون كافة خصوم الدعوى باقين على حالهم ولكن اهمل ايهم فى تعجيل السير فى اجراءتها ذلك التعجيل المشار اليه فى المواد ١٨٣ و ٢٥٥ و ٢٣١ مثلاً

فقد أتت المادة ٣٠٠ تقرر حكماً عاماً للانقطاع أو الايقاف هو عدم سقوط الحق في الدعوى لمجرد الانقطاع أوالايقاف ثم بعد ذلك جاءت المادة ٣٠١ تعطى لكل من الأخصام حق طلب بطلان المرافعة اذا استمر الانقطاع ثلاث سنين . واذا كانت عبارة المادة ٣٠١ هى فى الحق تعقيباً على المادة ٣٠٠ وكانت لم الا كلمة الانقطاع بينما المادة ٣٠٠ تستعمل كلمتى « الانقطاع » و « الايقاف » معاً ، فلا يصح أن يؤخذ من ذلك ان حكم المادة ٣٠١ لا ينطبق فى حالة ايقاف المرافعة فى صورة المادة ٢٩٩ كما قيل فى الطعن) وذلك لان المادة ٣٠٠ تشير بلفظ « الأخصام » الوارد بالمادة ٣٠١ الى خصوم الدعوى جميعاً سواء اكانوا أصليين باقين على حالهم أم كان بعضهم ممن يهمه تمشيتها بحسب العبارة الأخيرة من المادة ٢٩٩ الخاصة بالانقطاع بسبب الوفاة أو تغير الحالة أو الصفة .

(الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٣٥/٦/٦)

ان المادتين ٢٩٩ و ٣٠١ من قانون المرافعات صريحتان فى انه متى تقرر وقف الدعوى لوفاة أحد الخصوم فإنه يكون من واجب كل من يهمه من الخصوم المحافظة على الدعوى ان يجدد السير فيها قبل ان يفاجأ بطلب بطلان المرافعة . فاذا كانت الدعوى قد وقفت لوفاة أحد المدعى عليهم ، ثم ادعت سيدة انها كانت زوجة للمتوفى ، وانها رزقت منه ببنت ، وان أرثه منحصر فيها هى وبنتها والمدعى عليه الآخر ، ورفعت بهذا النزاع دعواها امام المحكمة الشرعية ، ولم يكن المدعى فى الدعوى الموقوفة خصماً فيها ، ثم بعد مضى اكثر من ثلاث سنوات على تاريخ وقف الدعوى رفع المدعى عليه الآخر بصفته الاصلية لا بصفته وارثاً لاخيه - دعوى طلب فيها بطلان المرافعة ، فرفضت المحكمة طلبه على اساس ان الدعوى الشرعية تعتبر عذراً يمنع المدعى قانوناً من تجديد السير فى دعواه ، فان المحكمة تكون مخطئه .

لان النزاع امام المحكمة الشرعية والمدعى لم تكن له أية علاقة به ، والدعوى لم توقف من اجله - لايعتبر مانعاً قهرياً من تحريك الدعوى ، ولا يقطع مدة البطلان واذن فقد كان على المدعي ليتحاشى بطلان المرافعة ان يجدد قبل فوات الوقت السير في دعواه سواء في مواجهة المدعى عليه الآخر وحده فيحدد طلباته ضده ويحتفظ بحقوقه قبل ورثة المدعى عليه المتوفى ، أو في مواجهة هذا المدعى عليه هو المتنازعين على أرث المتوفى ، اذا اراد ان يستبقى طلباته فيها كاملة ثم يطلب وقفها لحين الفصل في النزاع القائم بشأن الارث.

(الطعن رقم ٩ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٤١/٥/١)

ان القانون المصرى وان استمد فكرة بطلان المرافعة من القانون الفرنسي الا انه لم يجاره في جميع الاسباب التى يترتب عليها بطلان المرافعة ، كما هو المستفادة من مقارنة المادتين ٣٠٠ و ٣٠١ بالمادة ٣٩٧ فرنسي . فالقانون الفرنسي يجيز الحكم ببطلان المرافعة في جميع الأحوال التى تقف فيها الدعوى ثلاث سنوات بلا تحريك . وذلك تمشياً مع نظام المرافعات الوارد به اذ هو يوجب على الخصوم في الدعاوى المدنية تعيين وكلاء عنهم . الأمر الذى من شأنه ان يسهل لكل طرف في الدعوى الوقوف على ما يطرأ على حالة خصمه من التغييرات فتصح اذن مؤاخذته بأى اهمال أو تقصير في تيسير الدعوى . أما القانون المصرى فقد خول الخصوم أن يسيروا دعواهم بأنفسهم ، ولذلك فإنه لم يجز الحكم ببطلان المرافعة الا في الحالات الثلاث الواردة بالمادة ٣٠٠ تلك الحالات التى لا تصدر اسبابها الا عن خصم موجود في الخصومة فعلاً ، وهى اسباب مستقله تمام الاستقلال عن الاسباب الأخرى الموجبه للوقف القانونى بمقتضى المادة ٢٩٧ .

ثم ان القول بأن ورثة الخصوم الذين لم يعلنوا بالسير فى الدعوى يعتبرون خصوماً فيها بمجرد وفاة مورثهم قول لا وجه له . لأن القانون فى المادة ٢٩٩ وهو يتحدث عن خصوم الدعوى لم ينظر اليهم موصوفين بهذا الوصف ، بل أشار اليهم والى من فى حكمهم بما يفيد انهم ، فى الخصوص الذى تحدث عنه ، مسقلون عن مورثهم غير مفروض فيهم العلم بالاجراءات التى تتم فى دعواه .

واذن فموت المدعى أو المستأنف أثناء انقطاع المرافعة يقف مدة البطلان، ويكون على المدعى عليه أوالمستأنف ضده اعلان ورثته للسير فى الدعوى حتى يصح اعتبارهم خصوماً فيها .

(الطعن رقم ١٨ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٤٢/١١/١٩)

من المقرر قانوناً أن دعوى بطلان المرافعة لا تقبل الا ممن كان مدعى عليه فى الدعوى ومطالبا فى ذات الوقت بأداء الحق المدعى به . فلا يكفى ان يكون الشخص مختصماً فى الدعوى ليكون له حق طلب بطلان المرافعة فيها متى كان بعيداً عن دائرة النزاع القائم بشأن الحق المدعى به .

(الطعن رقم ٣٧ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٤٣/١/٢٨)

دعوى سقوط الخصومة أى بطلان المرافعة لانقطاعها ثلاث سنوات وفقاً لأحكام قانون المرافعات القديم يجب أن ترفع للمحكمة المنظورة امامها الدعوى، فإذا كانت الدعوى مطروحة امام محكمة الاستئناف وجب رفعها أمامها ، ولا يعتبر هذا اخلالاً بمبدأ وجوب نظر الدعوى لدى درجتين ، ذلك دعوى بطلان المرافعة هى فى الواقع دافع للخصومة أوجب القانون رفعه بصحيفة ، وقد أقر قانون المرافعات الحالى هذا النظر حتى انه اجاز تقديم

طلب سقوط الخصومة في صورة دفع امام المحكمة المنظورة امامها الدعوى اذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء السنة المقرره للسقوط (م ٣٠٣ مرافعات) ولا يحول دون اختصاص محكمة الاستئناف بنظر دعوى بطلان المرافعة ان يكون الاستئناف الذى رفع امام محكمة الاستئناف المختلط كان الاستئناف يعتبر مرفوعاً امام المحكمة بمجرد اعلان صحيفته وما كان يترتب على عدم قيده اعتبار الاستئناف كأن لم يكن .

(الطعن رقم ٧٤ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٣/٤/٩)

انقطاع سير الخصومة بسبب راجع لوفاة المدعى أو من فى حكمه - تسرى مدة السنة المقررة لسقوط الخصومة فى حق ورثته من اليوم الذى يعلن فيه المدعى عليه الورثة بوجود الخصومة - فى حالة الانقطاع الذى يرجع لوفاة المدعى عليه أو من فى حكمه يجب على المدعى ان يعلن ورثة خصمه .

متى تقرر انقطاع خصومة بحكم القانون لوفاة أحد الخصوم فإن كان سبب الانقطاع راجعاً لوفاة المدعى أو من فى حكمه كالمستأنف فلا تسرى مدة السنة المقررة لسقوط الخصومة فى حق ورثته الا من اليوم الذى يعلن المدعى عليه هؤلاء الورثة بوجود الخصومة بينه وبين خصمه الأصلى ، واما اذا كان الانقطاع راجعاً لوفاة المدعى عليه أو من فى حكمه كالمستأنف عليه تعين على المدعى أو المستأنف فى هذه الحالة أن يعلن ورثة خصمه المتوفى مدعى عليهم كانوا أو مستأنفاً عليهم بقيام الخصومة بينه وبين مورثهم ويكون عليه موالاة السير فى اجراءاتها فى مواجهتهم قبل انقضاء سنة ، ولايمكن ان يعتذر جهل المدعى أو المستأنف ورثة خصمه وصفاتهم وموطنهم

عذراً مانعاً بل عليه هو البحث والتحرى عنهم محافظة على مصلحته ، وعدم تعريض دعواه للسقوط بفعله أو امتناعه .

(الطعن رقم٨٧ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢١/٦/١٩٥٦ س ٧ ص ٧٤٦)

ليس لمحكمة الاحالة ان تعمل مقتضى حكم محكمة النقض الا اذا اتصلت بموضوع الدعوى فاذا كانت قد طبقت القانون وقضت بسقوط الخصومة يكون قد حال بينها وبين الاتصال بالموضوع ولا تكون قد امتنعت عن الفصل فيه لأن الذى منعها من ذلك هو حكم القانون .

(الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٧/٢/١٩٥٧ س ٨ ص ١٣٢)

لايعد من اجراءات التقاضى فى الخصومة اعلان حكم النقض الموجه لايفاء ما قضى به ذلك الحكم من مصـــروفات الطعـن واتعاب المحاماه . ولا يصح الاعتداد بالقول بأن تعجيل الدعوى أمام محكمة الاحالة لا يتم الا بعد اعلان حكم النقض تأسيساً على أن التعجيل ما هو الا تنفيذ لحكم النقض وانه لا يجوز تنفيذ الاحكام الا بعد اعلانها ، وان مدة السقوط المنصوص عليها فى المادة ٣٠١ مرافعات لا تبدأ الا من تاريخ هذا الاعلان - ذلك لأن القانون لم يوجب اعلان حكم النقض قبل تعجيل الدعوى امام محكمة الاحالة وان تنفيذ الاحكام الذى يوجب القانون ان يسبقه اعلانها فى حكم المادة ٤٦٠ مرافعات هو التنفيذ الجبرى .

(الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٧/٢/١٩٥٧ س ٨ ص ١٣٢)

انه وان كان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف من شأنه ينهى الدعوى الا ان نقض هذا الحكم يزيله ويفتح للخصومه طريق العودة الى محكمة الاحالة لمتابعة السير فيها بناء على طلب الخصوم ويجرى عليها من

تاريخ صدور حكم النقض احكام سقوط الخصومة وانقضائها شأنها فى ذلك شأن القضايا المتداولة بالجلسات - فإذا كان حكم النقض قد صدر لمصلحة المستأنف فى الحكم المنقوض فيجب عليه اذا ما أراد متابعة السير فى الخصومة امام محكمة الاحالة ان يعجلها خلال سنة من صدور حكم النقض فاذا أهمل القيام بهذا الاجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بسقوط الخصومة عملاً بالمادة ٣٠١ مرافعات وتبدأ مدة السنة فى هذه الحالة من تاريخ صدور حكم النقض باعتبار انه آخر اجراء صحيح فى الدعوى .

(الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٧/٢/٧ س٨ ص١٣٢)

سقوط الخصومة لمضى أكثر من سنة على آخر اجراء صحيح هو مما يتصل بمصلحة الخصم فله التنازل عنه صراحة أو ضمناً فإذا بدا من الخصم الذى شرع البطلان لمصلحته ما يدل انه قد نزل عن التمسك بسقوط الخصومة فلا يجوز بعد ذلك ان يعود فيما اسقط حقه فيه - وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى ان المستأنف عليه لم يتمسك بسقوط الخصومة بعد تعجيل الدعوى امام محكمة الاستئناف بل طلب الحكم بسقوط حق المستأنف فى التمسك بالحكم الصادر منها بتعيين خبير قبل تعجيل الدعوى مما يستفاد منه قطعيا انه يعتبر الخصومة فيما عدا ذلك قائمة ومنتجة لآثارها فلا يحل له بعد ذلك التمسك بسقوط الخصومه .

(الطعن رقم ١٩١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٧/٣/٧ س ٨ ص٢١٠)

لاتفصل محكمة النقض بهيئة جمعية عمومية فيما يثار بشأن انقضاء الخصومة فى الاستئناف لمضى أكثر من خمس سنوات على شطب الاستئناف طبقاً لنص المادة ٣٠٧ من قانون المرافعات أو سقوط الحق فى الاستئناف لفوات ميعاده وفقاً لأحكام المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ من لائحة

ترتيب المحاكم الشرعية وانما يجب ان يتمسك صاحب الشأن بهذه المسائل امام القضاء المختص حتى يستقر هذا القضاء فى أمرها على رأى قبل نظرها امام محكمة تنازع الاختصاص .

(الطلب رقم١لسنة٢٦ق« تنازع الاختصاص » جلسة٢٥/١/١٩٥٨س٩ص ١)

يؤخذ من نص المادة الأولى من قانون المرافعات الحالى والفقرة الثانية منها أن المدة المسقطة للخصومة تتحدد بسنة واحدة وفقاً لنص المادة ٣٠١ اذا بدأت مدة السقوط فى السريان بعد العمل بهذا القانون ولو كانت هذه الخصومة مرفوعة قبل ذلك مادام انه لم يكن قد فصل فى موضوعها الى وقت العمل بالقانون المذكور .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١/٥/١٩٥٨س ٩ ص ٣٨٢)

يشترط فى الاجراء القاطع لمدة سقوط الخصومة أن يتخذ فى ذات الخصومة الأصلية وأن يكون مقصوداً به السير نحو الفصل فى الدعوى كما يتعين أن يتخذ فى مواجهة الخصم الآخر . فإذا كان النزاع فى الدعوى الأصلية يدور حول تسليم أطيان فلا يعتبر من الاجراءات القاطعة لمدة سقوط الخصومة فيها قيام المتمسك بالسقوط برفع دعوى أخرى أمام القضاء المستعجل بوضع تلك الأطيان تحت الحراسة ولا تقديمه لقلم كتاب احدى محاكم الاستئناف - بعد نقض الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية والاحالة - طلباً باستيراد ملف استئناف هذه الدعوى من محكمة أخرى تمهيدا للفصل فى الاستئناف .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١/٥/١٩٥٨ س ٩ ص ٣٨٢)

تقرير محكمة الموضوع لاعتبارات سائغة ان طلب الخصم الى قلم كتاب محكمة الاستئناف باستحضار ملف الدعوى من محكمة أخرى لا يفيد تنازلاً منه عن التمسك بسقوط الخصومة - لا خطأ .

اذا كان المتمسك بسقوط الخصومة بعد النقض والاحالة قد طلب الى قلم كتاب احدى محاكم الاستئناف استيراد ملف الدعوى من محكمة أخرى وقررت محكمة الموضوع بما لها من سلطة التقدير - لاعتبارات سائغة - ان هذا الطلب تقديمه منه رضاء وقبولا بموالاة النظر فى الاستئناف فإن النعى على الحكم فى هذا الخصوص يكون غير سديد .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١/٥/١٩٥٨ س ٩ ص٣٨٢)

استصدار المتمسك بسقوط الخصومة امراً بعد النقض والاحالة بتقدير المصروفات والاتعاب المحكوم بها لصالحه فى حكم النقض واعلان هذا الأمر وتنفيذه - التحدى بأن هذه الاجراءات تعتبر قاطعة لمدة سقوط الخصومة لايقبل لأول مرة امام محكمة النقض .

لايقبل التحدى لأول مرة امام محكمة النقض بأن المتمسك بسقوط الخصومة بعد النقض والاحالة قد استصدر امراً بتقدير المصروفات والاتعاب المحكوم بها لصالحه قام باعلان هذا الامر وتنفيذه وان هذه الاجراءات تعتبر من الاجراءات القاطعة لمدة سقوط الخصومه وتدل على قبوله ورضاه ورغبته فى متابعة السير فى الدعوى ومن شأنها ان تحول دون طلب الحكم بسقوط الخصومة .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١/٥/١٩٥٨ س ٩ ص ٣٨٢)

ان النظر في أثر سقوط الخصومة في الأحكام الصادرة في القضية انما يعنى تلك الأحكام التى تكون قد صدرت فى الخصومة الأصلية لا تلك التى تصدر فى طلب سقوط الخصومة وتهدف الى تحقيق هذا الطلب .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٨/٥/١ س ٩ ص٣٨٢)

الاحكام التى تحميها الماده ٣٠٤ مرافعات من أثر سقوط الخصومة هى الاحكام القطعية والاجراءات السابقة عليها .

لاتحمى المادة ٣٠٤ مرافعات فى مجال اعمال اثرها من اثر سقوط الخصومة الا الاحكام القطعية والاجراءات السابقة عليها وليس من قبيل هذه الاحكام الحكم الصادر بإلغاء النفاذ لأنه ليس حكماً قطعياً .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٨/٥/١ س ٩ ص ٣٨٢)

رتب قانون المرافعات فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ أثراً خاصاً بسقوط الخصومة فى الاستئناف وهو اعتبار الحكم المستأنف انتهائياً - واعمال هذا الأثر يقتضى ان يكون الحكم الابتدائى قد بقى على حالة ولم تتناوله محكمة الاستئناف بأى تعديل أو الغاء - ولا يعتبر الحكم الصادر بقبول الاستئناف شكلاً من الاحكام التى تمس الحكم الابتدائى بتعديل أو الغاء . كما ان اعتبار الحكم المستأنف انتهائياً يقتضى بطريق اللزوم عدم اعتبار صحيفة الاستئناف قائمة بل ان ذات الحق فى الاستئناف يزول فلا يكون للمستأنف أن يرفع استئنافاً جديدا حتى ولو لم يكن الحكم المستأنف قد أعلن اليه .

(الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٨/٥/١ س ٩ ص٣٨٢)

نقض الحكم واحالة القضية الى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد - مدة سقوط الخصومة تبدأ في هذه الحالة من تاريخ صدور حكم النقض باعتباره آخر اجراء صحيح فى الدعوى.

اذا كان قد قضى فى الدعوى بنقض الحكم واحالة القضية الى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد فإن مدة السنة المنصوص عليها فى المادة ٣٠١ من قانون المرافعات الخاصة بسقوط الخصومة تبدأ هذه الحالة من تاريخ صدور حكم النقض باعتبار انه آخر اجراء صحيح في الدعوى لا من تاريخ اعلانه .

(الطعن ٢٧٨ لسنة ٢٧ ق -جلسة ١٩٦٣/١/٢٤ س ١٤ ص ١٧٠)[1]

سقوط الخصومة لمضى أكثر من سنة على آخر اجراء صحيح - جواز التنازل عنه صراحة أو ضمناً.

سقوط الخصومة لمضى أكثر من سنة على آخر اجراء صحيح فيها يتصل بمصلحة الخصم الذى شرع السقوط لمصلحته ، فله ان يتنازل عنه صراحة أو ضمناً بحيث اذا بدا منه ما يدل على أنه نزل عن التمسك به لا يجوز له بعد ذلك ان يعود فيما أسقط حقه فيه .

(الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٨ ق - جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ س١٤ ص٣١٣)

ابداء المستأنف عليه طلبات فى موضوع الاستئناف مما يفيد انه اعتبر الخصومة قائمة ومنتجة لآثارها - ليس له بعد ذلك ان يتمسك بسقوط الخصومة .

---

(١) راجع المرجع السابق ص ٢١٥ وما بعدها .

اذا كان المستأنف عليه لم يتمسك بسقوط الخصومة فى الجلسة التى حددت لنظر الاستئناف بعد تحضيره فى قلم الكتاب بل أبدى طلبات فى موضوع الاستئناف مما مفاده انه اعتبر الخصومة قائمة ومنتجة لآثارها فلا يحق له بعد ذلك أن يعود ويتمسك بسقوط الخصومة .

(الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٨ ق - جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٦٣ س ١٤ ص ٣١٣)

طلب الحكم بسقوط الخصومة يجوز تقديمه وفقاً لاحكام قانون المرافعات الجديدة على صورة الدفع لدى تعجيل الدعوى الموقوفة - سريانه على الدعوى الموقوفة فى ظل قانون المرافعات القديم .

نظام سقوط الخصومة فى قانون المرافعات الجديد هو ما كان يعبر عنه فى قانون المرافعات الملغىَ ببطلان المرافعة . ولكن القانون الجديد قد استحدث لهذا النظام احكاماً متعلقة بالاجراءات تخالف ما كان مقرراً بمقتضى القانون القديم منها جواز تقديم طلب الحكم بسقوط الخصومة على صورة الدفع اذا ما عجل المدعى دعواه بعد انقضاء الأجل المقرر للسقوط . ومن ثم فإن هذا الاجراء المستحدث يسرى على الدعوى المعجلة بعد العمل بقانون المرافعات الجديد والتى كانت قد أوقفت من قبل وذلك عملاً بالمادة الأولى من قانون المرافعات الجديد .

(الطعن رقم ١٩١ لسنة ٢٨ق - جلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٦٣ س١٤ ص ٧٠٣)

الحكم بسقوط الخصومة لا يترتب عليه سقوط الاجراءات السابقة على الدعوى التى صدر فيها .

الحكم بسقوط الخصومة لا يترتب عليه سقوط الاجراءات السابقة على الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، ومن ثم فان الاعذار الذى وجهه البائع الى المشترى فى تاريخ سابق على رفع الدعوى التى قضى بسقوط الخصومة فيها يظل صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية .

(الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/٧/٧ س ١٥ ص٩٤٧)

عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه مدة سنة من آخر اجراء صحيح - للمدعى عليه ومن فى حكمه طلب الحكم بسقوط الخصومة - سريان هذا الحكم على الخصومة فى مرحلة الاستئناف - يستوى فى ذلك ان يكون عدم السير فيها راجعاً الى قيام حالة من حالات الوقف أو الانقطاع أو الى اسباب أخرى .

الخصومة فى الاستئناف تنعقد باعلانه الى جميع الخصوم الذين وجه اليهم ، ولا يمنع من استمرار قيامها بعد ذلك مرور القضية فى مرحلة التحضير فى قلم الكتاب ، اذ القضية فى هذه المرحلة يكون شأنها شأن القضايا المتداولة بالجلسات من حيث ما يجرى على الخصومة فيها . واذ اجازت المادة ٣٠١ من قانون المرافعات للمدعى عليه ومن فى حكمه ان يطلب فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر اجراء صحيح من اجراءات التقاضى، وكان حكم هذه المادة كما يسرى على الخصومة امام محكمة أول درجة فإنه يسرى عليها فى مرحلة الاستئناف على ما يستفاد من نص المادة ٣٠٥ من قانون المرافعات . فإنه اذا استمر نوم الخصومة فى الاستئناف مدة سنة بعد آخر اجراء صحيح وكان ذلك بفعل المستأنف أو امتناعه جاز للمستأنف عليه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة سواء كان نومها راجعاً الى

قيام حالة من حالات الوقف أو الانقطاع التى نص عليها القانون فى المواد من ٢٩٢ الى ٣٠٠ من قانون المرافعات أو الى اسباب أخرى ، ذلك أن المشرع لم يقصد ربط سقوط الخصومة بحالات وقف الدعوى أو انقطاع الخصومة فيها المنصوص عليها فى المواد السابقة بل جاء نصه فى المادة ٣٠١ من قانون المرافعات عاما يشمل جميع الحالات التى يقف فيها سير الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه . فسقوط الخصومة جزاء فرضه المشرع على المدعى الذى يتسبب فى عدم السير فى الدعوى بفعله أو امتناعه مدة من الزمن اذا طلب صاحب المصلحة توقيع ذلك الجزاء .

(الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٦٥ س ١٦ص ١٠٦)

اذا أوجب المشرع فى المادة ٤٠٧ مكررا / ٢ من قانون المرافعات على المستأنف ان يعيد اعلان المستأنف عليه اذا لم يودع هذا الأخير مذكرة بدفاعه فى ميعاد العشرين يوما المخوله له فى المادة ٤٠٧ مكررا / ١ وعلق المشرع فى المادة ٤٠٧ مكررا / ٢ اتخاذ الاجراء التالى من اجراءات الاستئناف وهو تعيين العضو المقرر وما يتلو ذلك من تحديد الجلسة التى تنظر فيها القضية على انقضاء المواعيد المنصوص عليها فى المواد السابقة ومن بينها ميعاد الخمسة عشر يوما المخول فى المادة ٤٠٧ مكررا / ١ للمستأنف عليه لتقديم مذكرة بدفاعه والذى لا يبدأ سريانه الا من تاريخ اعادة اعلانه ، فإنه ينبنى عليه عدم قيام المستأنف بإعادة اعلان المستأنف عليه وقف السير فى الاستئناف الى ان يتم هذا الاجراء . فإذا انقضت سنة من تاريخ آخر اجراء صحيح من اجراءات التقاضى دون ان يقوم المستأنف بذلك الاجراء جاز للمستأنف عليه ان يطلب الحكم بسقوط الخصومة لأن عدم السير فى الاستئناف يكون فى هذ الحالة بسبب امتناع المستأنف عن القيام باجراء اوجبه عليه القانون صراحة. وليس صحيحاً القول بأن المشرع لم يقصد من

اعادة اعلان المستأنف عليه سوى اعتبار الحكم الذى يصدر بعد هذا الاعذار حضورياً ، ذلك ان المشرع لم يرتب على اعادة الاعلان ، هذه النتيجة فحسب وانما علق على اتخاذ هذا الاجراء امكان متابعة السير فى الاستئناف اذ جعل الاجراء التالى وهو تعيين العضو المقرر متوقفاً على اتخاذه وعلى انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ حصوله ، ولايقدح فى ذلك كون المشرع لم يحدد للمستأنف ميعاداً لهذا الاجراء ولم ينص فى القانون ٢٦٤ - لسنة ١٩٥٣ على جزاء لعدم القيام به لأن هذا أو ذاك ليس من شأنه أن يمنع من تطبيق القواعد المنظمه لسقوط الخصومة ، وقد أوردت المادة ٣٠١ مرافعات حكماً عاماً ينطبق فى جميع الأحوال التى يقف فيها سير الخصومة بفعل المدعي أو إمتناعه . وهدف المشرع من تقرير الجزاء الذى نصت عليه المادة على ما جاء بالمذكرة الايضاحية هو حمل المدعى على موالاة السير فى قضيته ومنع نومها ، لذلك فإن فى القول بعدم تطبيق الجزاء على الاستئناف فى مرحلة التحضير بقلم الكتاب تفويت لهدف الشارع من تقرير هذا الجزاء وتفويت أيضاً للحكمة التى ابتغاها من استحداث نظام التحضير فى قلم الكتاب وهى على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ العمل على سرعة تهيئة القضايا الاستئنافية للفصل فيها بعد أو دل العمل على أن نظام قاضى التحضير لم يحقق هذه الغاية . ولا وجه لما يقال من أن المستأنف عليه يعتبر هو المقصر لعدم تقديمه مذكرة بدفاعه ذلك أن هذا التقصير لا يثبت فى حقه الا بعد اعادة اعلانه من المستأنف . اذ راعى المشرع فى إيجاب هذا ، الاجراء التحوط من احتمال عدم وصول الاعلان الاول الى المستأنف عليه ومنحه فرصة أخرى للادلاء بدفاعه وطالما ان المستأنف لم يقم بهذا الاجراء الذى لا يبدأ الا به ميعاد الخمسة عشر يوما المحدد لتقديم مذكرة المستأنف عليه فإن الميعاد يعتبر ممتداً بالنسبة للمستأنف عليه وبالتالى لا يمكن اسناد تقصير

اليه. ومتى كانَ المستأنف لم يقم باعادة اعلان المستأنف عليه فإنه لا يمنع من سقوط الخصومة ما يتخذه رئيس المحكمة من اجراءات لمتابعة السير فى الاستئناف كتعيين العضو المقرر وتحديد جلسة لنظر القضية لا تقطع مدة سقوط الخصومة ولا تؤثر على حقوق الخصوم لما يشترط فى الاجراء القاطع من أن يكون صادرا من أحد طرفى الخصومة وموجهاً الى الطرف الآخر بقصد استئناف السير فيها . هذا الى أن حق رئيس المحكمة فى تعيين العضو المقرر وفى تحديد الجلسة التى تنظر فيها القضية لا ينشأ على ما تقرره المادة ٤٠٧ مكررا / ٢ الا بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها فى المواد السابقة ومن بينها ميعاد الخمسة عشر يوماً المحدد لتقديم مذكرة المستأنف عليه وهذا الميعاد لا يبدأ الا من تاريخ اعادة اعلان المستأنف عليه بواسطة المستأنف فلا يمكن القول بانقضائه الا اذا قام المستأنف بهذا الاجراء . ولئن كان المشرع عندما أصدر القانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن اجراءات رفع الاستئناف وتحضيره قد صرح فى مذكرته الايضاحيه بأنه استلهم فى ذلك النظام المتبع فى تحضير الطعون بطريق النقض الا أنه لم ينقل ذات النصوص الخاصة بالنقض وهى تحديد مواعيد منضبطة يتلو بعضها بعضاً ويبدأ كل منها بانتهاء الميعاد السابق دون اشتراط أى عمل من جانب أحد الخصوم ليبدأ جريانها كما هو الحال فى الاستئناف بالنسبة للميعاد المحدد لتقديم مذكرة المستأنف عليه والذى لا يبدأ الا بإعادة اعلانه.

(الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٦٥ س١٦ ص ١٠٦)

اذ نصت المادة ٣٠٢ من قانون المرافعات على أن مدة سقوط الخصومة لاتبتدئ فى حالة الانقطاع الا من اليوم الذى قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة بإعلان ورثة خصمه الذى توفى بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلى كما نصت المادة ٣٠٣ منه على أن طلب سقوط

الخصومة يجب تقديمه ضد المدعين أو المستأنفين والا كان غير مقبول فان مفاد ذلك انه اذا لم يتمكن المدعى عليه - او المستأنف ضده - من التمسك بالسقوط قبل جميع هؤلاء لقيام سبب من أسباب انقطاع الخصومة بالنسبة لأحدهم امتنع عليه تقديم هذا الطلب وذلك لأن الخصومه فيما يتعلق بسقوطها وحدة لا تتجزأ ولو كان موضوعها قابلاً للتجزئة بطبيعته فاذا كانت الأوراق خلوا مما يدل على أن الطاعن الأول قد أعلن بوجود الاستئناف بين مورثته - المستأنفة الأصلية - وبين المطعون عليهم فإن طلب سقوط الخصومه في الاستئناف - ولا يكون مقبولاً بالنسبة له وبالتالى لا يكون مقبولاً بالنسبة لجميع المستأنفين (باقى الطاعنين) واذ قضى الحكم المطعون فيه بسقوط الخصومة فانه يكون خالف القانون .

(الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٠ق - جلسة ٢٦ / ١٠ / ١٩٦٥س١٦ ص٩٠٢)

اذ كان الثابت ان الطاعن قد وافق على وقف الدعوى لمدة ستة شهور للصلح طبقاً للمادة ٢٩٢ من قانون المرافعات وكان ذلك مما يستفاد منه أنه اعتبر الخصومة قائمة ومنتجة لآثارها فلا يحل للطاعن بعد ذلك التمسك بسقوط الخصومة .

(الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٠ ق - جلسة ٩ / ١١ / ١٩٦٥ س١٦ص١٠٠١)

وقف الدعوى للصلح - الدفع بسقوط الخصومة - لا يمنع منه طلب المأمورية الملف الفردى للممول لاعادة النظر فى أسس التقدير ومطالبة الممول بتقديم اقتراحاته على أسس التصالح .[1]

---

(١) المرجع السابق ص ٢٢٠ وما بعدها .

متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الخصومة فى الدعوى على أن الدفع بسقوط الخصومة فى أول جلسة بعد التعجيل والتمسك به فى الجلسات التالية لا يتأتى معه القول بتنازل صاحبة عنه وينبنى على ذلك ان مصلحة الضرائب بعد أن تعلق حقها بالدفع بالسقوط قد صدر منها من التصرفات ما يعتبر بحق تعرضاً لموضوع النزاع وتنازلاً ضمنياً عن هذا الدفع ذلك أن مراقبة الضرائب طلبت من المحكمة المنظورة امامها الدعوى الملف الفردى للطاعن لاعادة النظر فى أسس تقديرات اللجنة وانهاء النزاع صلحاً كما طلبت من المحاسب الوكيل عن الطاعن « تقديم اقتراحاته على أسس التصالح وذلك دون تحفظ من المصلحة لان اعادة النظر بمعرفة اللجنة المشكلة لهذا الغرض هو اعادة لتحديد وعاء الضريبة على أساس جديد يرتضيه الطرفان والغرض منه انهاء النزاع المعروض صلحاً » فإن هذه التقريرات الموضوعية من الحكم تكون غير سائغة اذ مع تمسك مصلحة الضرائب بالدفع بسقوط الخصومة فى أول جلسة بعد التعجيل وفى الجلسات التالية لا يتأتى القول بأنها تنازلت ضمناً عنه .

(الطعن ٢٩١ لسنة ٣٠ ق -جلسة ١٧/١١/١٩٦٥س ١٦ص ١٠٩٤)

مدة سقوط الخصومة تبدأ فى حالة الانقطاع بسبب زوال الصفة من يوم اعلان من قام مقام من زالت صفته بوجود الدعوى.

مدة سقوط الخصومة - وفقاً للمادة ٣٠٢ مرافعات - لا تبدأ فى حالة الانقطاع بسبب زوال الصفة الا من اليوم الذى يقوم فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة باعلان من قام مقام من زالت صفته بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلى . فاذا كان الاستئناف قد رفع أصلا من والد المطعون عليهم بصفته ولياً عليهم ثم زالت عنه هذه الولاية ببلوغهم سن

الرشد فانه يترتب على زوال صفته في مباشرة الاستئناف والسير فيه وانتقال هذه الصفة اليهم أن مدة سقوط الخصومة في هذه الحالة لا تبدأ من اليوم الذى صدر فيه حكم محكمة النقض باحالة القضية الى محكمة الاستئناف وانما من اليوم الذى يتم فيه اعلان المطعون عليهم (المستأنفين) بوجود الاستئناف .

(الطعن ٦٣ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٥/١٢/٧ س ١٦ ص ١١٩٥)

ميعاد السنة المحددة لسقوط الخصومة - ميعاد اجرائى مما يضاف اليه أصلا ميعاد مسافة - احتساب ميعاد المسافة الذى يزاد على ميعاد اعلان صحيفة تعجيل الدعوى على اساس المسافة بين مقر المحكمة التى قدمت اليها ومحل من يراد اعلانه بها .

لئن كان ميعاد السنة المحدد لسقوط الخصومة - عملاً بالمادة ٣٠١ من قانون المرافعات ميعاداً اجرائياً مما يضاف اليه أصلاً ميعاد المسافة وفقاً لما تنص عليه المادتان ٢١ و ٢٢ من قانون المرافعات الا انه لما كان الانتقال الذى يقتضيه القيام بإجراء اعلان صحيفة تعجيل الدعوى هو انتقال المحضر من مقر المحكمة التى قدمت صحيفة التعجيل لها الى محل من يراد اعلانه به فان ميعاد المسافة الذى يزاد على ميعاد اعلان صحيفة التعجيل يحتسب على أساس المسافة بين هذين المحلين .

(الطعن ٤٤١ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ س ١٧ ص ٣٤٣)

الاجراء القاطع لمدة سقوط الخصومة - وجوب اتخاذه فى ذات الخصومة الأصلية قصداً الى استئناف السير فيها - أى عمل خارج نطاق الخصومة ولو كان تصرفاً قانونياً لا يقطع هذه المدة -

الوفاء الجزئى ان صح اعتباره عملاً قانونياً ينطوى على الاقرار بالحق ذاته ويمنع تقادمه الا انه ليس اجراء من اجراءات الخصومة مقصوداً به المضى فيها .

يشترط فى الاجراء القاطع لمدة سقوط الخصومة ان يتخذ فى ذات الخصومة الأصلية وان يكون مقصوداً به استئناف السير فيها وبذلك فلا تنقطع هذه المدة بأى عمل يتخذه أى من الخصمين خارج نطاق الخصومة ولو كان هذا العمل تصرفاً قانونياً ومن ثم فان الوفاء الجزئى وان صح اعتباره عملاً قانونياً ينطوى على الاقرار بالحق ذاته ويمنع تقادمه الا انه لا يمكن اعتباره اجراء من اجراءات الخصومة ذاتها مقصوداً به المضى فيها والعمل على متابعتها وهو ما يشترط فى الاجراء القاطع لمدة سقوط الخصومة .

(الطعن ٣٠٤ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ س ١٧ ص ٣٢٤)

الاجراء القاطع لمدة سقوط الخصومه - شرطه ان يكون من اجراءات الخصومة ذاتها مقصوداً به المضى فيها - عدم انقطاع مدة السقوط باجراء خارج عن نطاق الخصومة ولو كان تصرفاً قانونياً.

يشترط فى الاجراء القاطع لمدة سقوط الخصومة ان يكون من اجراءات الخصومة ذاتها مقصوداً به المضى فيها فلا تنقطع تلك المدة بأى عمل يتخذه أحد الخصمين خارج نطاق الخصومة ولو كان هذا العمل تصرفاً قانونياً .

(الطعن ٤٤ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ س ١٧ ص ٥٤٢)

القاعدة المقررة فى المادة ٣٠٤ مرافعات : للخصومة فى حالة الحكم بسقوط الخصومة التمسك باجراءات التحقيق واعمال الخبراء

التى تمت ما لم تكن باطله فى ذاتها - سريان هذه القاعدة فى حالة ترك الخصومة .

القاعدة التى قررتها المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات من أنه يجوز للخصوم فى حالة الحكم بسقوط الخصومة ان يتمسكوا باجراءات التحقيق واعمال الخبراء التى تمت ما لم تكن باطلة فى ذاتها - هذه القاعدة تنطبق ايضاً فى حالة ترك الخصومة لأن المشرع لم يرتب على الترك آثاراً أشد من الآثار التى يرتبها على سقوط الخصومة ذلك أن الأثر الذى رتبه على الترك وهو الغاء جميع اجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى قد رتبه ايضاً على الحكم بسقوط الخصومة ومع ذلك ومع نص صراحة فى المادة ٣٠٤ مرافعات على سقوط الاحكام الصادرة فى الخصومة باجراء اثبات فانه اجاز فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة للخصوم ان يتمسكوا باجراءات التحقيق وأعمال الخبراء التى تمت ما لم تكن باطله فى ذاتها كما أن الحكمة التى أملت هذا الحكم بالنسبة لسقوط الخصومة والتى أفصحت عنها المذكرة الايضاحية تتحقق كذلك فى حالة ترك الخصومة مما يوجب تطبيقه أيضاً فى هذه الحالة ما دام لا يوجد فى النصوص الواردة فى باب ترك الخصومة ما يمنع من تطبيقه .

(الطعن ٢٤٠ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٦/٤/٧ س ١٧ ص ٨٣٤)

شرط الحكم بسقوط الخصومة ان يكون عدم السير فى الدعوى مدة السنة راجعاً الى فعل المدعى أو امتناعه - عدم جواز الحكم بسقوط الخصومة لتراخى قلم الكتاب عن تعجيلها بعد انقضاء مدة الوقف مع التزامه - وحده - قانوناً بذلك (م ١٠٩ من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذى الغى هذا الالتزام) .

تشترط المادة ٣٠١ من قانون المرافعات لامكان الحكم بسقوط الخصومة ان يكون عدم السير فى الدعوى مدة السنة راجعاً الى فعل المدعى أو امتناعه . ولما كانت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٩ من قانون المرافعات - قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - تلقى على قلم الكتاب وحده عبء القيام باجراءات تعجيل الدعوى بعد انقضاء مدة الوقف ولا تتطلب من المدعى اجراء هذا التعجيل فى حالة تراخى قلم الكتاب فيه فانه مهما طال تراخى قلم الكتاب فى تعجيل الدعوى بعد انقضاء مدة الوقف فآنه لا يجوز الحكم بسقوط الخصومة لأن عدم السير فيها لا يكون فى هذه الحالة بفعل المدعى أو امتناعة . ولا يقدح فى ذلك أن المدعى هو المكلف أصلا بتسيير دعواه ذلك أن القانون قد أعفاه فى هذه الخصوصية من القيام بالاجراء اللازم لاستئناف السير فى الدعوى والزم به قلم الكتاب ولا يمكن اعتبار المدعى مهملاً لقعوده عن اتخاذ اجراء الزم به القانون غيره . وقد تنبه المشرع عند اصداره القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الى ما فى نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٩ من شذوذ وخروج بغير مبرر على الأصل الذى مقتضاه ان عبء السير فى الدعوى يقع على المدعى ومن ثم الغى المشرع القاعدة الواردة فى هذه الفقرة والتى توجب على قلم الكتاب تعجيل القضايا الموقوفة جزاء للمدعى المهمل .

(الطعن ٩٤ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠ س ١٧ص ١٥٠٢)

طلب سقوط الخصومة هو فى واقع الأمر دفع ببطلان اجراءات الخصومة الأصلية أجاز الشارع فى المادة ٣٠٣ من قانون المرافعات تقديمه الى المحكمة المقامة امامها تلك الخصومة بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى أو بطريق الدفع امامها اذا عجل المدعى دعواه الأصلية بعد انقضاء السنة المقررة للسقوط ومن ثم فاذا تمسك به المدعى عليه بالطريقتين معاً وقررت المحكمة

ضم طلب سقوط الخصومة المقدم بطريق الدعوى الى الدعوى الأصلية ليصدر فيها حكم واحد فانه ينبنى على الضم فى هذه الحالة اندماج هذا الطلب فى الدعوى الأصلية التى أبدى فيها ذات الطلب بطريق الدفع لأنه علاوة على اتحاد الطلبين فإن الطلب الأول متفرع عن هذه الدعوى ويتناول الخصومة فيها ويكون الحكم الصادر برفض الطلبين - وهما فى حقيقتهما طلب واحد مقدم بطريقتين مختلفتين - حكماً صادراً قبل الفصل فى الموضوع لا تنتهى به الخصومة الأصلية كلها أو بعضها ولا يجوز الطعن فيه الا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع وفقاً لنص المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات .

(الطعن ١٢٦ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٨/٢/١ س ١٩ ص ١٨٤)

انقطاع سير الخصومة بسبب الوفاة - وجوب موالاة المدعى السير فى اجراءات الخصومة فى مواجهة ورثة خصمه قبل انقضاء سنه . جهل المدعى بهؤلاء الورثة أو موطنهم لا يعتبر عذراً مانعاً من السقوط .

مؤدى نص المادة ٣٠١ من قانون المرافعات السابق انه متى كان انقطاع الخصومة راجعاً لوفاة المدعى عليه أو من فى حكمه كالمستأنف عليه ، تعين على المدعى أو المستأنف فى هذه الحالة أن يعلن ورثة خصمه المتوفى بقيام الخصومة بينه وبين مورثهم ، ويكون عليه موالاة السير فى اجراءاتها فى مواجهتهم قبل انقضاء سنة . ولا يعتبر جهل المدعى أو المستأنف بورثة خصمه وموطنهم عذراً مانعاً بل عليه هو البحث والتحرى عنهم محافظة على مصلحته وعدم تعريض دعواه للسقوط بفعله أو امتناعه .

(الطعن ٤٤٥ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٧٠/١/٢٠ س ٢١ ص ١٣٩)

نقض الحكم لا ينشئ خصومة جديدة بل هو يزيل الحكم المنقوض ليتابع الخصوم السير فى الخصومة الأصلية امام محكمة الاحالة ، ويكون تحريك الدعوى امام هذه المحكمة الأخيرة بعد نقض الحكم ، بتعجيلها ممن يهمه الأمر من الخصوم ، فتستأنف الدعوى سيرها بتكليف بالحضور يعلن بناء على طلبه الى الطرف الآخر فى خلال سنة من صدور حكم النقض والا كان لكل ذى مصلحة من الخصوم ان يطلب الحكم بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر اجراء صحيح من اجراءات التقاضى .

(الطعن ٢٧٣ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٥ س ٢٥ ص ٥٣٨)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب فى الميعاد القانونى - ترتب ذات الآثار الخاصة بسقوط الخصومة - عدم سقوط الأحكام القطعية ولا الاجراءات السابقة على تلك الأحكام ما لم تكن باطلة فى ذاتها .

اعتبار الدعوى كأن لم تكن اذا بقيت مشطوبة لمدة ستة شهور ولم يطلب المدعى السير فيها وفقاً لنص المادة ٩١ من قانون المرافعات السابق (الذى يحكم اجراءات الدعوى) وكذلك سقوط الخصومة فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه المنصوص عليه فى المادة ٣٠١ من ذات القانون ، هما لونان من ألوان الجزاء قررهما المشرع لحكمه واحده هى تقصير المدعى فى موالاة السير فى الدعوى وحثه على متابعة اجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى امام المحاكم ، الأمر الذى يقتضى توحيد الأثر المترتب على كلا الجزاءين ، ولما كان المشرع قد رتب فى المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق - على الحكم بسقوط الخصومة الغاء جميع اجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الدعوى ، الا أنه مع ذلك لم يسقط الاحكام القطعيه الصادرة

فيها ، ولا الاجراءات السابقة على تلك الاحكام . وأجاز للخصوم التمسك باجراءات التحقيق واعمال الخبراء التى تمت ما لم تكن باطلة فى ذاتها - فان هذه الاحكام تسرى بدورها فى حالة اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، اذ ليس فى نصوص قانون المرافعات ما يمنع من تطبيقها أو يدل على أن المشرع اراد ان يرتب على اعتبار الدعوى كأن لم تكن آثارا أشد من الآثار التى رتبها على سقوط الخصومة . كما أن الحكمة التى أملت على المشرع تقدير هذه الأحكام بالنسبة لسقوط الخصومة - على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية وهى احتمال زوال معالم الاثبات عند اعادة رفع الدعوى - متحققه كذلك فى حالة اعتبار الدعوى كأن لم تكن .

(الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٢)

توقيع الجزاء بسقوط الخصومة فى الاستئناف - مناطه عدم السير فيه مدة سنة من تاريخ آخر اجراء صحيح بفعل المستأنف أو امتناعه متى طلب صاحب المصلحة ذلك - م ١٣٦ مرافعات .

تنص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات على أنه « لكل ذى مصلحة من الخصوم فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو بامتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر اجراء صحيح من اجراءات التقاضى- وحكم هذه المادة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - كما يسرى على الخصومة امام محكمة أول درجة ، فانه يسرى عليها فى مرحلة الاستئناف على ما يستفاد من نص المادة ١٣٦ من قانون المرافعات ، فاذا استمر عدم السير فى الاستئناف مدة سنة من آخر اجراء صحيح ، وكان ذلك بفعل المستأنف أو امتناعه ، جاز للمستأنف عليه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة سواء كان عدم السير فيه راجعاً الى قيام حالة من

حالات الوقف أن الانقطاع التى نص عليها القانون أو الى أى أسباب أخرى ذلك أن نص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات جاء عاماً يشمل جميع الحالات التى يقف فيها سير الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه ، اذ أن سقوط الخصومة جزاء فرضه المشرع على المدعى الذى يتسبب فى عدم السير فى الدعوى بفعله أو امتناعه مدة سنة اذا طلب صاحب المصلحة اعمال ذلك الجزاء .

(الطعن ٥٢٥ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ س ٢٧ ص١٤٠٠)

الاجراء المانع من سقوط الخصومة - شرطه - أن يكون صحيحاً أو يصبح صحيحاً لعدم التمسك ببطلانه فى الوقت المناسب.

يشترط حتى تحكم المحكمة بسقوط الخصومة الا تتخذ خلال السنة التى تسقط الخصومة بانقضائها أى اجراء يقصد به موالاة السير فيها على أن يكون هذا الاجراء صحيحا أو يصبح صحيحا لعدم التمسك ببطلانه فى الوقت المناسب .

(الطعن ١١٩ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٧/٤/٥ س ٢٨ ص ٩٠٩)

تنازل المدعى امام محكمة أول درجة عن طلب بطلان العقد - عدم جواز اثارته من بعد امام محكمة النقض .

اذا كان البين من حكم محكمة أول درجة ان الطاعن تنازل عن طلب بطلان عقد الايجار الذى ابرمه وكيله واقتصر على طلب المتاخر من الأجرة. فان اثارته لهذا الدفاع يعتبر سبباً جديداً لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن ٩٦٩ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ س٢٩ ص٧٦٢)

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن - أثره - زوالها هي والآثار المترتبة عليها - بحث الحكم لموضوع الدعوى - لا محل له.

اذا انتهى الحكم المطعون فيه صحيحاً باعتبار الدعوى كأن لم تكن فآنه يترتب على ذلك زوالها بما فى ذلك صحيفة افتتاحها وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها ويمتنع بالتالي على المحكمة الخوض فى موضوعها .

(الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٧٩/١/١)

سقوط الخصومة أصبح بمقتضى النص الحالي فى قانون المرافعات قابلة للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم غير أن ذلك لا يتصور الا إذا كان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة اما اذا كان غير قابل للتجزئه فان سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقين .

لما كانت المادة ١٣٦ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المنطبق على واقعة الدعوى قد جرى نصها بأن « يقدم طلب الحكم بسقوط الخصومة الى المحكمة المقامة أمامها الدعوى المطلوب اسقاط الخصومة فيها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ويجوز التمسك بسقوط الخصومة فى صورة دفع اذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء السنة ويكون تقديم الطلب أو الدفع ضد جميع المدعين أو المستأنفين والا كان غير مقبول » ولئن وردت الفقرة الثالثة من النص خالية من العبارة الأخيرة من المادة ٣٠٣ من قانون المرافعات السابق التى كانت تنص على أنه « واذا قدمه أحد الخصوم استفاد منه الباقون » وهى تفيد ان الخصومة فيما يتعلق بسقوطها تعتبر وحدة لا تتجزأ ولو كان موضوعها قابلاً للتجزئه بطبيعته ، ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الخصومة بالنسبة لا سقاطها أصبحت

بمقتضى النص الحالى قابلة للتجزئه عند تعدد المدعى عليهم غـــير أن ذلك لا يتصور الا اذا كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئه ، أما اذا كان غير قابل للتجزئه فان سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقين . لما كان ذلك وكان الثابت ان الطاعن أقام الدعوى بطلب طرد المطعون عليهم آنفى الذكر من الأطيان سالفة البيان على سند من تملكه لها ، غير أنهم دفعوا بتملك كل منهم لما يضع اليد عليه من تلك الأطيان ، فإن موضوع الدعوى على هذه الصورة قابل للتجزئة ، وكان سقوط الخصومة لمضى أكثر من سنة على اخر اجراء صحيح هو مما يتصل بمصلحة الخصم فله التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، فإذا بدا من الخصم الذى شرع السقوط لمصلحته ما يدل على أنه قد نزل عن التمسك به فليس له بعد ذلك أن يعود فيما أسقط حقه فيه . لما كان ماتقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بسقوط الخصومة فى الاستئناف بالنسبة لجميع المطعون عليهم تأسيساً على عدم اعلان المطعون عليهم الخامسة والثانى والثالثة عشر والسادس عشر والسابع عشر والثامن عشر فى خلال سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة بتاريخ ١٩٧٠/٦/٧ وان المطعون عليهم من التاسع الى الرابع عشر قد تمسكوا بسقوط الخصومة وقد حجب الحكم نفسه عن بحث دفاع جوهرى للطاعن بتنازل المطعون عليه الاخير عن التمسك بسقوط الخصومة لتناوله الموضوع باعتبار الخصومة قائمة منتجة لآثارها ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه وفى حدود طلبات الطاعن بالنسبة للمطعون عليهم عدا الخامسة والثانى عشر والثالثة عشر والسادس عشر والسابع عشر والثامن عشر .

(الطعن رقم ٩٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٢/١/١٣)

طلب انقضاء الخصومة هو دفع ببطلان اجراءات الخصومة الأصلية يحصل التمسك به بمجرد توافر شروطه امام المحكمة المقام امامها الخصومة ولو كانت محكمة الاستئناف .

ان طلب انقضاء الخصومة هو فى واقع الأمر دفع ببطلان اجراءات الخصومة الأصلية يحصل التمسك به بمجرد توافر شروطه فى صورة دفع عند تعجيل أو تجديد السير فى الدعوى أو عن طريق رفع دعوى مبتدأه بالاوضاع المعتادة لرفع الدعاوى امام المحكمة المقام امامها تلك الخصومة ولو كانت محكمة الاستئناف ولا يعتبر هذا اخلالاً بمبدأ وجوب نظر الدعوى على درجتين واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فان النعى عليه بالشق الأول يكون على غير اساس ، والنعى فى شقة الثانى مردود أيضاً بأن تقديم طلب انقضاء الخصومة بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى لا ينشئ خصومة جديدة بل يبقى اطراف النزاع بذات صفاتهم فى الخصومة المطلوب الحكم بانقضائها ويكون النعى بهذا الشق بدوره على غير أساس .

(الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٣/١٢/٨)

ان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان سقوط الخصومة وفقاً لنص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات هو جزاء فرضه المشرع على المدعى الذى يتسبب فى عدم السير فى الدعوى بفعله أو امتناعه مدة سنة ، فمناط اعمال الجزاء هو الاهمال أو التراخى أوالامتناع عن السير بالخصومة حين لا يحول دون السير بها حائل ، وان الحكم بسقوط الخصومة أو انقضائها يقتضى ان تكون الخصومة فى حالة ركود بعدم السير فيها وان يستمر ركودها المدد التى نص عليها المشرع فى المادتين ١٣٤ ، ١٤٠ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى ان محكمة الاستئناف تابعت السير فى الاستئنافات

الثلاثة ولم توقف السير فيها لأى سبب من الأسباب ، فإن الحكم المطعون فيه اذ قضى بسقوط الخصومة على سند من اعلان المستأنف عليهما الآخرين بعد مضى اكثر من سنة على رفع الاستئنافات يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن رقم ٢٨٣٧ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٢/٣/٤)

(الطعن رقم ٢٧٣٦ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٥/١/٨ لم ينشر بعد)

القضاء بإعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد القانونى .م ٨٢ مرافعات . لا يختلف فى أثره عن القضاء بسقوط الخصومة .م ١٣٤ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن ٢٦٦ لسنة ٦٢ ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٣/٩/١٩٩٦ لم ينشر بعد)

القسم الثانى

الدفوع بعدم القبول

الباب الأول

الدفع بعدم القبول بوجه عام

تمهيد :

تعريف الدعوى بوجه عام :

لم يتضمن قانون المرافعات تعريفاً للدعوى ولا بياناً لشروطها وانواعها غير شرط المصلحة المنصوص عليه في المادة الثالثة وقد اختلف الفقه على تعريف الدعوى فلم يتفق على تعريف محدد لها ونحن لن نتعرض للنظريات الفقهية العديدة بشأن تعريف الدعوى حتى لا نخوض في نظريات قد تكون غير مجدية للقارئ ونورد بعض تعريفات الفقه للدعوى : -

فيشير الدكتور أحمد أبو الوفا الى أن الدعوى (هى سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته) [1]

كما يشير الدكتور وجدى راغب الى ان الدعوى فى الاصطلاح القانونى للمرافعات هى :

(ادعاء قانونى معروض أمام القضاء)[2]

وهناك تعريف آخر للدعوى بأنها السلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده فى أن يطلب حماية القضاء ؛ لاقرار هذا الحق اذا جحد ، أو رد الاعتداء عنه، أو استرداده اذا سلب . وتوجد الدعوى بهذا المعنى ؛ سواء ألجأ الشخص للقضاء ، أم لم يرى به حاجة

---

(١) راجع المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد ابو الوفا الطبعه الرابعة عشر ص١١١ .

(٢) راجع مبادئ القضاء المدنى للدكتور / وجدى راغب ص ٧٧.

لذلك. وأما الخصومة وهى التى يعبر عنها فى كثير من الأحيان بالدعوى ، فهى مجموع الاجراءات التى يلتجئ عن طريقها صاحب الحق أو مدعيه الى القضاء ، لمباشرة حق الدعوى فليست كل خصومة مستنده الى حق ، أو متوافراً فيها شروط الدعوى ؛ لأن القضاء مفتح الأبواب لكل من يلتجئ اليه ، بصرف النظر عن كون مزاعمه على أساس . ولا يتحمل الخصم من وراء الالتجاء اليه عنتاً أو مسئولية غير التزامه بالمصاريف القضائية . ما لم تكن خصومته كيدية ، أو ما لم يكن متعسفاً فى استعمال حق الدعوى .[١]

تعريف القضاء المدنى للدعوى :-

لقد تصدى القضاء المدنى لتعريف الدعوى فى احكام عديدة ومن ذلك الحكم فى (الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٠/١/٣١ س ٣١ ص ٣٦٦)

الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به . أما الخصومة فهى وسيلة ذلك انها مجموعة الاعمال الاجرائية التى يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه . والقانون المدنى هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الدعاوى والحقوق بمضى المدة بينما ينظم قانون المرافعات قواعد سقوط وانقضاء الخصومة . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على ان انقضاء الخصومة لا يترتب عليه أى مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى بل يبقى خاضعا فى انقضائه للقواعد المقرره فى القانون المدنى .

---

(١) راجع قواعد المرافعات للدكتور محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى ص ٥٥٤ .

الدفع بعدم قبول الدعوى :

الدفع بعدم قبول الدعوى يوجه الى الحق فيها أى الى مكنة الحصول على حكم فى الموضوع وهو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة واذا كان لصاحب الحق ان يلجأ الى القضاء طالباً حماية القانون له فإن هذا الطلب لا يتعرض له هذا القضاء بالبت في موضوعه بالرفض أو القبول الا إذا توافرت فيه شروط معينه هى ما اصطلح على تسميته بشروط قبول الدعوى بحيث اذا تخلفت كلها أو بعضها حكم القاضى بعدم قبول الدعوى .

الفصل الأول

شروط قبول الدعوى

وهناك شروط يتعين توافرها حتى تسمع الدعوى وبدونها تقضى المحكمة بعدم قبولها وهذا جانب من الفقه لان شروط قبول الدعوى ثلاث :-

١ - الصفة .

٢ - المصلحة .

٣ - الاهلية .

بينما يذهب جانب آخر الى ان شروط قبول الدعوى شرطين أساسين:

١ - الصفة .

٢ - المصلحة .

تطبيقات قضائية بشأن دعوى الأحوال الشخصية:

الأصل فى دعوى النسب انها تسمع ولو كانت مجردة وليست ضمن حق آخر متى كان المدعى عليه بالنسب حياً وليس فيها تحميل النسب على الغير .

(الطعن ١٦ لسنة ٣٤ ق«أحوال شخصية»جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ٧٧٢)

المنع من سماع الدعوى هو نهى للقاضى عن سماعها . وهو يتخصص بالزمان والمكان والخصومة والرأى .

(الطعن ٢٩ لسنة ٣٣ ق«أحوال شخصية»جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ٦٥٦)

وفقاً للمادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية « القضاه ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكين المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها إلا فى الأرث والوقف فإنه لايمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة » والمراد بالتمكن هو أن يكون المدعى مالكاً للدعوى .

(الطعن٢٩لسنة٣٣ق،أحوال شخصية،جلسة٢٣/٣/١٩٦٦س١٧ص٩٥٦)

متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بمضى المدة المانعة من سماع الدعوى ، وكان هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ، فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يغنى عن التمسك بهذا الدفع طلب الحكم برفض الدعوى لأن التمسك به يجب أن يكون بعبارة واضحة لا تحتمل الإبهام .

(الطعن٤٧س٣١ ق،أحوال شخصية،جلسة٢٩/١٢/١٩٦٦س١٧ص١٩٩٦)

فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ووفقاً للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها، وطلب استخراج البطاقة العائلية لا يدخل فى هذا النطاق ولايحمل معنى الرسمية ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه «والزواج مدعى بحصوله فى سنة ١٩٥٥ فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتاً بوثيقة زواج رسميةمن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج سواء أكانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أم بعد الوفاة الإقرار الذى يحصل خارج مجلس القضاء أو فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق

عقود الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

(الطعن ٢٥ لسنة ٣٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٦٧ س ١٨ ص ١١٩٣)

الترك الموجب لعدم سماع الدعوى طبقاً للمادة ٣٧٥ من اللائحة الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وإنكار حق مالكها فيها أما مجرد ترك العين وإهمالها ، مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها فإنه لا يترتب عليه سقوط حق ملكيتها ولا يمنع سماع الدعوى بها .

(الطعن ٦ لسنة ٣٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٦٨ س ١٩ ص ١١٢)

مؤدى نص الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق أى أن يكون الطلاق مشروعاً فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك ، وهذا النص يؤكد قصد الشارع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند إختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به .

(الطعن ٨ لسنة ٣٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٩٣)

متى كان الحكم المطعون فيه لم يعول على تاريخ انضمام الطاعنة الى الكنيسة الكاثوليكية من قبل رفع الدعوى ، بل عول على تاريخ تحرير الشهادة المثبته لهذا الانضمام والتصديق عليها ورتب على ذلك قضاءه برفض

الدفع بعدم سماع الدعوى وبإثبات الطلاق فان يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(الطعن ٢٢ لسنة ٣٦ ق«أحوال شخصية»جلسة ١ / ٥ / ١٩٦٨ س١٩ ص٨٩٥)

إنكار الحق الموجب لعدم سماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الإثبات .

(الطعن ٢٥ لسنة ٣٦ ق«أحوال شخصية»جلسة ١ / ٥ / ١٩٦٨ س١٩ ص ٨٩٨)

منع سماع الدعوى ليس مبنياً على بطلان الحق وإنما هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - نهى القضاء عن سماعها ، قصد به قطع التزوير والحيل وهو على هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها وما نصت عليه المادة ٣٠٥ من اللائحة الشرعية التى تجيز استئناف الحكم بسماع الدعوى أو عدمه . لا ينسحب أثرها إلا على الإستئناف وحده لأنه لا نظير لها فى الأحكام الخاصة بالنقض . ومؤدى ذلك كله إعمال القاعدة المقررة فى المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق - التى جرى الطعن فى ظلها - وهى لا تجيز الطعن فى الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع . وإذا كان الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع بعدم سماع الدعوى وبسماعها وبإحالة الموضوع الى محكمة أول درجة لنظره وهو بهذه المثابة لم يصدر فى موضوع الدعوى ولم تنته به الخصومة كلها أو بعضها ، فإنه يتعين الحكم بعدم جواز الطعن فيه بالنقض .

(الطعن ٢٨ لسنة ٣٥ ق«أحوال شخصية»جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٦٩ س٢٠ ص٣٠٦)

إذ نصت المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٢١ لسنة ١٩٤٦ بياناً لصيغة الوصية على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الافرنجية الا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنيع تدل على صحة الدعوى ، وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الافرنجية فلاتسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك ، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع القولى عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها فقد دلت بذلك على ان المقصود من اشتراط وجود الأوراق المشار اليها لا يتصل بإثبات صحة الدعوى سواء من حيث الشكل أو من جهة الموضوع وإنما قصد به مجرد التحقق مبدئياً من أن الدعوى تستند الى ما يدل على صحتها وذلك تحرزاً من التلفيق والتصنع وهو مما لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وحكمه قاصر على مجرد سماع أو عدم سماع الدعوى ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم سماع الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع تأسيساً على أن الشروط التى أوردتها المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٩ إنما ينصرف الى الوصية الصريحة لا إلى الوصية المستترة بعقد آخر ، فإن هذا الحكم لم تنته به الخصومة المرددة بين الطرفين وهى صحة ونفاذ عقد البيع وما زال النزاع بشأنه مطروحاً على المحكمة لم تفصل فيه بعد ، ومن ثم يكون الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض على استقلال غير جائز أيا كان سببه ووجه الرأى فيه .

(الطعن ١٩٣ لسنة ٣٥ ق - جلسة ٤/١١/١٩٦٩ س٢٠ ص ١١٥٩)

النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى

عشر الافرنجية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك ، تدل على ماذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها ، يدل على وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بما ينبئ عن صحتها ، وإذ كان محضر إيداع الوصية - الذى تم بالشهر العقارى امام الموثق - قد تضمن بيان الموصى والموصى اليه وأن الموصى به مبين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصى إيداعه ، وهى بيانات تنبئ عن صحة الدعوى، فان هذا المحضر يكون مسوغاً لسماعها ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز سماع الدعوى فإنه يكون مخالفاً للقانون.

(الطعن ٥١ س ٣٧ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٣٨٢)

(والطعن ٣٦ لسنة ٣٢ ق - جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ٨٧٧)

النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ١ / ٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « لا يسمع عند الإنكار دعوى لوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ماذكر » مؤداه أن الوصية إذا كانت منكورة سمعت الدعوى بها والانكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء او قبل قيام الخصومة ، فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس قضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها .

(الطعن ٥٧٦ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٨ / ١ / ١٩٧٠ س ٢١ ص ٢٤)

متى كان الثابت أن أموال مورثة الطاعنة قد صودرت طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ ، وتطبيقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١٩٥٣/١١/٨ فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تكون المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها ممنوعة من سماع الدعاوى المتعلقة بهذه الأموال .

(الطعن ١٤٧ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٣/٩ س ٢٣ ص ٣٨٦)

الحكم الصادر من محكمة أول درجة برفض الدفع بعدم سماع الدعوى يجوز استئنافه طبقاً للمادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وعلى محكمة الاستئناف . وقد استأنفت وزارة الأوقاف والنيابة العامة هذا الحكم ، وأن تفصل في الاستئناف دون أن تعيد الدعوى الى محكمة أول درجة .

(الطعن ١٢ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ س ٢٣ ص ٧٣٠)

يبين من أقوال الفقهاء بخصوص الدفع بعدم سماع الدعوى لمضي المدة المانعه من سماعها مع التمكن وعدم العذر ، وهو مانصت عليه المادة ٣١٥ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧١ ، إنهم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لم يوردوا الأعذار الشرعية على سبيل الحصر ، ولكن على سبيل المثال ، وجعلوا المدار فيها أن تكون مشروعة ومانعة للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا الأمر في تقدير قوتها وكونها مانعة لفطنة القاضي .

(الطعن ١٢ لسنة ٣٨ق(أحوال شخصية)جلسة١٩٧٢/٢/١٩س٢٣ص٧٣٠)

تنص المادة ١٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن

المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها .. وهذا كله مع انكار الحق فى تلك المدة .. » وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى رفض الدفع بعدم سماع الدعوى الى أن الناظرة السابقة أقرت باستحقاق المستحقين لفاضل الريع فى عقد الصلح - المقدم فى دعوى سابقة - وأنها ظلت تنفذ هذا الصلح حتى عزلت من النظارة فى سنة ١٩٤٠، ولم تمض بين هذا التاريخ ورفع الدعوى الحالية فى سنة ١٩٥٤ المدة المانعه من سماع الدعوى ، وأن هذا الإقرار من الناظرة قد أوقف سريان المدة إلى أن عزلت من النظارة فى سنة ١٩٤٠ ، وكانت هذه الدعامة الصحيحة تكفى لحمل الحكم فى هذا الخصوص ، بصرف النظر عما تثيره الطاعنة من أن المحكمة لم تعتمد عقد الصلح إلا فى خصوص ما عرض عليها من نفقة الخصوم - فى الدعوى السابقة - دون باقى المستحقين فانه لا يؤثر فى سلامة الحكم وما قرره خطأ من أن خفاء شرط الواقف يعد عذراً مانعاً من رفع الدعوى .

(الطعن ١٠ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٧٢/٧/١٢ س ٢٣ ص ١١٧٥)

النص فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون أحكام الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أنه « .. ولا يتغير شئ من الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف أورضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، وينفذ رضاء بترك بعض حقه ولا يمس ذلك ما بقى منه » . يدل على أن المشرع جعل جواز الحرمان من النصيب الواجب ، موقوفاً على إجازة صاحب الحق صراحة أو ضمناً وأنه يتحقق ضمناً بسكوت المحروم عن المطالبة القضائية بحقه وعدم رفع الدعوى بذلك مع التمكن وعدم العذر الشرعى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف ولما كان المناط فى إعتبار الشخص معذوراً أن يكون فى وضع لا يتمكن معه من رفع الدعوى بالحق المدعى به وكانت الأعذار الشرعية غير واردة على سبيل الحصر بل يترك الأمر فى

تقدير قوتها وكونها مانعة أو غير مانعة لفطنة القاضى وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمادة المشار اليها بقولها إن « من الواضح أن أمر الأعذار موكول الى تقدير المحكمة » فإن المجادلة فى تقدير دليل العذر المانع من رفع الدعوى لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما لا تجوز إثارته امام محكمة النقض .

(الطعن ١٦ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٤/١١/٦ س٢٥ ص ١١٩٩)

ما تقضى به المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ من أن القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم إقامتها وهذا كله مع إنكار الحق فى تلك المدة ، وهو ترديد لقاعدة أساسية نص عليها فى المادة / ٩٦ من اللائحة الشرعية الصادرة فى سنة ١٨٩٧ والمادة / ٣٧٦ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ المعدل للائحة الأخيرة ، وعلى ذلك جاء نص المادة ٩١٤ من قانون العدل والإنصاف الذى يقضى بأنه لا تسمع الدعوى فى استحقاق غلة الوقف بعد تركها بلا عذر شرعى مدة خمس عشرة سنة .

(الطعن ٣٥ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٤/١/٣٠ س ٢٥ ص ٢٥٠)

التناقض يمنع من سماع الدعوى فيما لا يخفى سببه ما دام باقياً لم يرتفع - فلو ارتفع بإمكان التوفيق بين الكلامين لم يمنع من سماع الدعوى وإذ يبين من الأوراق ان دعوى الطاعنة على المطعون عليه بأنها زوجة له بالعقد الصحيح الشرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزق منها على فراش الزوجية ببنت بتاريخ ١٩٦٦/١١/٨ لا يتنافى مع ما ذكرت فى الشكوى التى قدمتها فى شهر يوليو سنة ١٩٦٦ الى الجهة الرئيسية للمطعون عليه ذلك أن الثابت فى الدعوى أن الطاعنة تقول من الأصل أن

علاقتها بالمطعون عليه هى علاقة زوجية وهو ما أثبته في إستمارة الحالة الاجتماعية التى حررتها سنة ١٩٦٤ من أنها زوجه له وذلك على نحو ما شهد به مدير العلاقات العامة بالشركة التى تعمل فيها وما أثبتته فى الشكوى التى قدمتها الى الشرطه فى ١٩٦٦/٦/٢٣ أما عن الشكوى التى قدمتها بعد ذلك فى شهر يوليو سنة ١٩٦٨ الى الجهة الرئيسية للمطعون عليه فواضح أن الطاعنة تقصد منها بعد أن تنكر لها المطعون عليه وطردها من منزل الزوجية مساعدتها على تصحيح الوضع وأن يوثق العقد بالطريق الرسمي صيانة للحقوق واحتراماً لروابط الأسرة بدلالة ما قالته فى الشكوى من أنه « راوغ فى اتمام » العقد وهو ما يتفق مع سبق تقريرها بقيام علاقة زوجية - لما كان ذلك وقد أمكن التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر فيتعين المصير اليه - وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم سماع الدعوى لتناقض بين دعوى الطاعنة وما جاء بالشكوى التى قدمتها الى رئاسة المطعون عليه وما قرره شهودها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون على واقعة الدعوى .

(الطعن ٣٦ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٤/٥/١ س ٢٥ ص ٧٩٢)

(الطعن ١٩ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٣/٣/١١ س ٢٤ ص ٦٧٧)

يشترط لسماع الدعوى بنفقة العدة الا تزيد المدة المطالب بهذه النفقة عنها على سنة من تاريخ الطلاق وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق» ، ويشترط لسماع تلك الدعوى فوق ذلك ألا يكون قد مضى على هذه السنة ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، وذلك عملاً بحكم الفقرة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أنه

«لاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » ولا محل للقول بأن هذا النص مقصور على نفقة الزوجية دون نفقة العدة ، ذلك لأن لفظ النفقة جاء عاماً مطلقاً فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على السواء ، ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها.

(الطعن ٢٧ لسنة ٣٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٩٢٧)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى دعوى النسب ، النظر الى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت بإعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة فانها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع . ويغتفر فيها التناقض ، لأن مقصودها الاصلى هو النسب ، والنسب يغتفر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه ، أما لو كان مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ولا يثبت بإعترافه وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة فلا تسمع الى أن يدعى حقاً من إرث أو نفقة ويكون هو المقصود الأول فيها ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب .

(الطعن ٤١ لسنة ٤٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٥ / ١ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٦٧)

(الطعن ٣٠ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١١ / ٧ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٠٠٤)

من المقرر وفقاً لحكم المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ألا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد ولد فى سنة ١٩٥٠ أى بعد ست سنوات من الطلاق ، وقد أنكره مورث المطعون عليهم حال حياته ، كما أنكر قيام أية علاقة زوجية جديدة بينه وبين والدة الطاعن بعد الطلاق ، وكان الحكم قد دلل على عدم قيام

الزوجية بعد الطلاق على أسباب سائغة ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس .

(الطعن١ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٩٧)

التناقض المانع من سماع الدعوى ومن صحتها هو أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه - فيما لا يخفى سببه - مادام باقيا لم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر . وذلك لإستحالة ثبوت الشئ وضده ويتحقق التناقض متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد أمام القاضى أو كان أحد الكلامين فى مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن ثبت أمام القاضى حصوله ، إذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى يستوى فى ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن الشهود أو من المدعى عليه .

(الطعن٥ لسنة٤١ ق«أحوال شخصية»جلسة ١٩٧٥/٣/٢٢س٢٦ص٦٨٧)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ووفقاً للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابته بوثيقة رسمية تصدر أو يصدر الاقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها .

(الطعنان رقما ٣٩ ، ٤٥ لسنة ٤٠ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٧٥/٦/١١ س ٢٦ ص ١١٨٠)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسبة ما لم يكن فى موضع خفاء فيكون عفواً وهو لا يغتفر إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالإخوة والعمومة بإعتباره غير مقصود لذاته بل

يستهدف حقاً لا يتوصل اليه إلا بإثبات النسب فيكون تناقضاً فى دعوى مال لا فى دعوى نسب .

(الطعن ٥ لسنة ٤٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٥ / ٦ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٣٠٢)

لئن كان ذكر المال شرطاً لصحة دعوى الوراثة ، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولاً ثم إثبات المال ، فلا مجال لإشتراط تحديد واضع اليد على هذا المال . ولما كان يبين من صحيفة الدعوى المقامة من المطعون عليهم الآخرين أمام محكمة أول درجة أنها تضمنت أعيان التركة المختلفة عن المتوفى ، وهو ما يشكل دعوى المال التى يشترط أن تنتظمها دعوى الأرث فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون لسماع الدعوى رغم خلوها من ذكر واضع اليد على تركة المتوفى - يكون ولا أساس له .

(الطعن ١٥ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٤ / ١ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٢٢٢)

مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - والمقابلتين لذات الفقرتين من المادة ١٠١ من اللائحة الشرعية الصادر بها الأمر العالى الرقيم ٢٧ / ٥ / ١٨٩٧ واللائحة الشرعية الصادرة بالقانونين رقمى ٢٥ لسنة ١٩٠٩ ، ٣١ لسنة ١٩١٠ - أن المشرع بالنظر لما أثبته الحوادث من أن الزواج كثيراً ما يدعى زوراً طمعاً فى المال أو رغبة فى النكاية والتشهير ، يشترط وجود مسوغ لسماع دعاوى الزوجية عند الإنكار ، ولئن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى بالنسبة لوقائع الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ بحيث تبقى قواعد الإثبات فيها على أصلها فى الفقة الحنفى ، مما مؤداة ثبوت الزواج عند المنازعة بشهادة الشهود وبالنصاب العادى ، إلا أنه اذا أقيمت الدعوى من أحد الزوجين فيكتفى فيها بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة . أما إذا أقيمت من غيرهما بعد

وفاتهما أو وفاة أحدهما ، فلا تسمع إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهه التزوير، ولم يورد القانون تحديداً لماهية هذه الأوراق فيترك أمر تقديرها للقاضي .

(الطعن رقم ٣/٤٣ ق - جلسة ١٠/٣/١٩٧٦ س ٢٧ ص ٦٠٢)

اللائحة الشرعية الصادرة في ١٧/٦/١٨٨٠ - بفرض انه كان معمولاً بها عند عقد الزواج محل النزاع - تضمنت نصوصاً تشير إلى ضرورة توثيق عقود الزواج إلا أن نطاقها مقصورة على كيفية التوثيق وما ينبغي على المأذونين مراعاته عند مباشرتها دون أن تضع قيودا على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر إثباتها لأحكام المذهب الحنفي .

(الطعن٣ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٠/٣/١٩٧٦ س ٢٧ ص ٦٠٢)

النص في المادة ٩٨ لسنة ١٩٣١ على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحدة منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الأقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث في الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة والتصنع تدل على صحة الدعوى . وإما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر » وان كان يواجه الحالات الواردة به التي يكون الإدعاء فيها بعد وفاة المنسوبة اليه الحادثة فيتوقف سماع الدعوى بها على مسوغ كتابي يختلف بإختلاف الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ وتلك التالية لها تقديراً من المشرع بأن من يحلون محل المنسوبة اليه الحادثة بعد وفاته قد لا يحسنون الدفاع عن مصالحهم ، إلا أنه في خصوص النسب فإن

المادة قصرت عدم السماع على حالتى الإقرار به من الشخص المتوفى أو الشهادة على الإقرار ، فلا يستطيل الى الدعوى بالنسب التى تعتمد على أى من الحالتين ، ويخضع فيها للقواعد العامة المقررة فى الشريعة الإسلامية لخروجها عن ذلك القيد ، فيثبت النسب فيها بالفراش حال تحقق شروطه ، كما يثبت عند الإنكار بإقامة البينة عليه وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه في دعوى النسب أنه حصل من أقوال الشهود ثبوت نسب المطعون عليه - لوالدة المتوفى بالفراش كان ذلك لا ينطوى على خروج على القانون .

(الطعن ٢١ لسنة٤٤ق«أحوال شخصية»جلسة٧ / ٤ / ١٩٧٦س٢٧ص ٨٩٥)

مفاد نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان الدعاوى التى يمنع من سماعها مضى ثلاث وثلاثين سنة هى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض الدعاوى المتعلقة بعين الوقف ولا تدخل فى نطاقها الدعاوى التى يرفعها المستحقون على الوقف بثبوت استحقاقهم فيه إذ هى من قبيل دعوى الملك المطلق التى يمنع من سماعها مضى خمس عشرة سنة ، وإذ كانت دعوى المطعون عليهم لا تتعلق بأعيان الوقف وإنما تقوم على أساس ثبوت استحقاقهم حصصاً فى الشق الأهلى من الوقف أخذاً بشرط الواقف ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى رفض الدفع - بعدم سماع الدعوى - على سند من أن المدة المانعة من سماع الدعوى هى ثلاث وثلاثون سنة من تاريخ وفاة أصول المطعون عليهم متحجباً بذلك عن التحقق من مضى مدة الخمسة عشر سنة الواجبة التطبيق يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن ٢٢لسنة٤٤ق«أحوال شخصية»جلسة١٤ / ٤ / ١٩٧٦س٢٧ص٩٥٤)

النص فى الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية على أنه «لايسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا

كانا يدينان بوقوع الطلاق يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن الشارع قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بوقوع الطـلاق فأجاز سماع الدعوى بالنسبة لها دون تلك التى لاتدين بالطلاق فمنع سماع دعوى الطلاق بينهما دفعا للحرج والمشقة - لما كان ذلك وكان المذهب الوحيد الذى لا يجيز التطليق فى المسيحية هو المذهب الكاثوليكى على إختلاف ملله - وكان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه ان المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية أستخلصت أن المطعون عليها انضمت الى طائفة اللاتين الكاثوليك قبل رفع الدعوى ومن قبل إيقاع الطاعن - الزوج - طلاقها بإرادته المنفردة واستندت الى أدلة سائغة لا مخالفة فيها للثابت فى الأوراق ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه الذى قضى بعدم سماع دعوى الطلاق - يكون على غير أساس .

(الطعن ٣٠ س ٤٥ ق احوال شخصية جلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٧٥٨)

مؤدى نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، إنه يشترط للمنع من سماع الدعوى بمضى المدة ان يكون الحق المدعى موضع انكار من الخصم طيلة المدة المشار اليها مع توافر المكنة فى رفع الدعوى وعدم العذر الشرعى فى إقامتها لأنه ما لم يكن الحق متنازعاً عليه فإنه لا يحتاج الى الدعوى وهى لا تكون مقبولة شرعاً ما لم يكن الحق فيها موضع نزاع ، وتحصيل الوقت الذى بدأ فيه النزاع حول الحق المدعى باعتباره الواقعة التى تسرى منها المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان تحصيلها سائغاً .

(الطعن ٣٧ لسنة ٤٥ ق احوال شخصية جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٩٢٤)

مفاد نص المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ؛ انه فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ لا تسمع الدعاوى المنوه عنها ومنها دعوى العتق عند الإنكار إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع رسمية كانت أو عرفية تدل على صحتها ، أما فى الحوادث التالية لهذا التاريخ فيشترط لسماع أى من هذه الدعاوى أن يستمد دليل صحتها من أوراق رسمية ومن أوراق عرفية محررة جميعها بخط المتوفى وموقعة منه .

(الطعن ٣٧ لسنة ٤٥ق«احوال شخصية»جلسة٢٩ / ٣ / ١٩٧٨س٢٩ص٩٢٤)

التناقض يمنع من سماع الدعوى ومن صحتها فيما لا يخفى سببه مادام باقيا لم يرتفع ، فإذا ارتفع بإمكان التوفيق بين الكلامين لم يمنع من سماع الدعوى وهو يتحقق متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد فى مجلس القاضى يستوى فى ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه .

(الطعن٢٥ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٣١ /٥ /١٩٧٨ س٢٩ ص١٣٧٩)

مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصيه رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ إن المشرع فرق بين إنعقاد الوصية وبين شرط سماع الدعوى بها ، فإعتبرها تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة ، تنعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق . ولا يشترط فى الإيجاب الفاظاً مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه ، سواء كانت صيغته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه وما شرعه النص من وجوب ان تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ شكلاً معينا بأن تحرر بها ورقة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الوصى أو ختمه أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى

وموقع عليها بإمضائه ، مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليس ركناً فى الوصية ولا صلة له بانعقادها.

(الطعن٧س٤٧ق«احوال شخصية»جلسة٢١/٣/١٩٧٩س٣٠ع١ص ٨٩٧)

(الطعن ٢٣٤ لسنة ٣٧ ق - جلسة ٢١/١١/١٩٧٣س٢٤ ص ١١٩٩)

يشترط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى ما ينبئ عن صحتها . درءاً لافتراء الوصايا وتحرزا من شبهة تزويرها ، ومفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها ، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضاً فى محرر رسمى ، أو الإشارة الى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك، ومن ثم فإنه لا يلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى .

(الطعن٧لسنة ٤٧ق«احوال شخصية»جلسة٢١/٣/١٩٧٩س٣٠ع١ص٨٩٧)

إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قدمت شهادة صادرة من محفوظات التوثيق بمصلحة الشهر العقارى تفيد أنه أثبت فى دفاترها حضور الموصى مورث الطاعنة ، وطلب التصديق على توقيعه على محرر موضوعه إقرار منه بأن يوصى بعد وفاته بثلث تركته من منقول وعقار الى بنت شقيقه المطعون عليها وانه وقع بإمضائه فى نهاية ما أثبت بالدفتر عن موضوع المحرر بالإضافة الى توقيع شاهدين ، فإن هذه الشهادة ، وهى ورقة رسمية لم تنازع الطاعنة فى مطابقتها للأصل مسوغا لسماع الدعوى بها ، لما كان ما تقدم . وكان القانون لم يشترط لإنعقاد الوصية أن يصدر بها إشهار رسمى من الموصى وإنما اعتبر الكتابة من صيغ الوصية مسوياً بين أن تكون بخط الموصى أو خط سواه ، وكانت الشهادة الرسمية

المشار اليها والصيغة الواردة بها تظهر إرادة الموصى وتبين مقصوده منها وتوضح الموصى اليه والموصى به وقدره ، فإن الحكم إذ خلص الى انها كما تكفى مسوغاً لسماع الدعوى تقوم سنداً أيضاً على صحة صدور الوصية ، فإن لا يكون قد خالف القانون .

(الطعن ٧ لسنة ٤٧ ق «احوال شخصية» جلسة ٢١ / ٣ / ١٩٧٩ س ٣٠ ع ١ ص ٨٩٧)

مفاد المادة ٣٧٥ من اللائحة أن المدة المقررة لسماع الدعوى ليست مدة تقادم يعمل فى شأنها بقواعد التقادم الواردة فى القانون المدنى ، وإنما مبناها مجرد نهى المشرع للقضاة من سماع الدعوى بمجرد انقضاء المدة المقررة بسماعها ولا يقف سريانها الا بقيام عذر شرعى بالمدعى يحول بينه وبين رفع الدعوى ما بقى هذا العذر قائماً وان المراد فى اعتبار المدعى معذورا - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون فى وضع لا يتمكن معه من رفع الدعوى إن حقيقة أو حكماً ، وإذ كان الثابت أن المطعون ضدهم الأحد عشر الأول قد ادعوا الاستحقاق فى الوقف موضوع النزاع قبل الطاعن بالدعوى رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٨ كلى بنى سويف وذلك فى تاريخ سابق على العمل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ فلا تخضع لأحكامه كافة المنازعات التى تثور حول الأستحقاق فى هذا الوقف ولا تكون اللجان المشكلة وفقاً للمادة ٢٦ منه أى إختصاص بنظرها وبالتالى لا يعد تقديم الطلب من المطعون ضده ضده الثانى عشر ومورث المطعون ضدهم الثلاثة الاخيرين الى وزارة الأوقاف لمعاملتها معاملة من حكم له بالأستحقاق فى الوقف فى الدعوى سالفة الإشارة من قبيل التداعى المانع من سريان مدة عدم السماع ، ولا تعد إحالته إلى احدى تلك اللجان من قبيل الأعذار الشرعية التى تحول دونهما والإلتجاء الى القضاء .

(الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٨١)

الدفع بعدم سماع الدعوى لتناقض المدعى فى دعواه فيما لا يخفى سببه هو دفاع قانونى يقوم على عناصر واقعية يتعين التحقق منها هى صدور كلام من المدعى مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه وأن التناقض بين الكلامين لم يرتفع بالفعل ولا يوجد ما يمكن أن يرفعه .

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨١/٦/١٦)

الباب الثانى

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى

لسبق الفصل فيها

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من قبل الدفوع بعدم قبول الدعوى التى تمس التنظيم القضائى ومن ثم فهو متعلق بالنظام العام ويجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مره أمام محكمة الدرجة الثانية ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بها [1] وللمحكمة أن تتصدى لها من تلقاء نفسها .

حجية الأحكام فى الاثبات بوجه عام:-

أن الأحكام لا تقتصر كلها على أن تتضمن إرادة القاضى أو أوامر بل أن أكثرها يتضمن تقرير القاضى ما ثبت لديه قانوناً عن حقيقة الوقائع المتنازع فيها ، ولأن الأحكام محررات رسمية يحررها القاضى فى حدود سلطته وإختصاصه ويدون فيها ما ثبت لديه قانوناً ، وجب أن يكون لها حجية لا تقل عن حجية المحررات الرسمية أو العرفية فيما يتعلق بالروابط القانونية التى تربط طرفى العقد أو طرفى الخصومة ، بل ان المنطق يقضى بأن تكون للأحكام فى ذلك حجية أقوى من حجية سائر المحررات لأن مضمون هذه المحررات يدون فيها بإتفاق الطرفين . وقد يتفق الطرفان على إخفاء الحقيقه وسترها بغيرهم . فى حين أن الأحكام يحررها قاض محايد تتوافر فيه صفات عالية من العلم والنزاهة ويتمتع بسلطات واسعة فى التحرى والتحقيق ولا يدون فيها إلا ما يثبت لديه شخصياً عن

---

(١) راجع فى هذا التعليق على المرافعات للمستشار أنور طلبه ج ٢ ص ٢٦٣ .

حقيقة الوقائع المتنازع فيها بعد سماع أقوال جميع الخصوم ومناقشتها وفحص ما يقدمه كل منهم من أدلة على صحة دعواه .[1]

وفضلاً عن ذلك فقد اعتبر المشرع ما يثبت في الحكم عن حقيقة الوقائع المتنازع فيها حجة بمطابقته للواقع أى انه أنشأ قرينة قانونية على مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعة .

ويترتب على اعتبار الحقيقة القضائية قرينة قانونية انه يجوز الاحتجاج بها ليس على طرفى الخصومة فحسب بل بالنسبة الى الغير أيضاً ،لأن جميع القرائن القانونية يحتج بها على الكافة فلا محل لاستثناء قرينة الحقيقة القضية من ذلك .

اساس الحجية :

ان اساس حجية الاحكام يستند على نصوص المواد ١١٦ مرافعات ، ١٠١ ، ١٠٢ اثبات ويجرى نص المادة ١١٦ مرافعات على النحو التالى (الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها) .

والمادة ١٠١ من قانون الاثبات ويجرى نصها على النحو التالى (الاحكام التى حاز ت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها).

---

(١) راجع فى هذا أصول الإثبات الدكتور سليمان مرقص ج ١ ص ١٣٩ .

والمادة ١٠٢ من قانون الاثبات ويجرى نصها على النحو التالى (لايرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً .)

التمييز بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى :-

يجب التمييز بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى .

فحجية الأمر المقضى معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة الى ذات الحق محلاً وسبباً ، أما قوة الأمر المقضى فهى المرتبة التى يصل اليها الحكم اذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية ، وأن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادى .

فالحكم القطعى نهائياً كان أم ابتدائياً ، حضورياً ام غيابياً ، تثبت له حجية الأمر المقضى ، لانه حكم قضائى فصل فى خصومة ، ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضى ، الا اذا أصبح نهائياً قابل للطعن فيه بطريق اعتيادى ، والا فإنه لا يحوز هذه القوة ، ولكن تكون له حجية الأمر المقضى.

وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائماً ، فإذا ما طعن فيه بطريق عادى كالاستئناف أوقفت حجيته ، فإذا الغى نتيجة للطعن زال وزالت معه حجيته ، اما اذا تأيد ولم يعد قابلاً للطعن بطريق عادى بقيت له حجية الأمر المقضى وانضافت لها قوة الأمر المقضى .

ومن ثم يتبين ان كل حكم يحوز قوة الأمر المقضى يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضى والعكس غير صحيح ، والمهم فى هذا الأمر هو حجية الأمر المقضى اذ تصبح للحكم حجية على الخصوم تمنع من طرح النزاع بينهم

من جديد ولو كان الحكم ابتدائياً فلا يجوز لأحد منهم أن يجدد للنزاع بدعوى مبتدأة ، وتكون الدعوى المبتدأة غير مقبولة .

ويجوز للخصوم ابداء هذا الدفع وعلى المحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ، ولكن حجية الأمر المقضى لا تمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة .

وتثبت للحكم حجية سواء أكان صادراً فى طلبات أصلية مفتتحة للخصومة أو فى طلبات عارضة أو عند التدخل أو اختصام الغير .

وتمسك الخصم بحجية حكم نهائى امام محكمة الدرجة الأولى يعد مطروحاً على محكمة الاستئناف ، اعتباراً بأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وبما فيها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع ، وفى حالة ما إذا كان الحكم لم يصبح نهائياً ، وقدم لمحكمة الموضوع فإن هذا لا يمنعها من أن تأخذ بأسبابه كدليل فى الدعوى مادامت قد اقتنعت بصحة النظر الذى ذهب اليه وليس على أساس أن له حجية تلزمها.

ونعرض لأحكام القضاء بشأن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها .

الدفع بقوة الشئ المحكوم فيه هو حق من الحقوق الخاصة وليس من أمور النظام العام ، وإذن فليس للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه ، كما أنه إذا ماتنازل عنه صاحبه فلا سبيل له الى الرجوع فى هذا التنازل حتى ولو لم يصدر قبول له . لأن التنازل عن الحق عمل فردى ملزم لصاحبه بدون حاجة الى قبول يصدر من المتنازل له .

(الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٣٣/١/٥)[١]

(١) مجموعة القواعد فى خمسين عاماً المرجع السابق ص ٣٧٤٣ .

فى الدعوى بطلب نفقة للصغير يكون موضوع النسب قائماً باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه الى المدعى عليه الا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدماً ، وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب الصغير استناداً الى ان موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(الطعن ١٩ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٥/١/٢٠ س ١٦ ص ٦٨)

استخلاص النزول عن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أو عدم النزول عنه هو من الأمور الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع .

(الطعن ٢٨١ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٦/٤/٢١ س ١٧ ص ٨٩٩)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى فى ذاته - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو دفع للدعوى برمتها فى موضوعها ، ومتى قبلته المحكمة الابتدائية فقد انحسمت الخصومة فى هذا الموضوع امامها وأصبح من غير الممكن قانوناً الرجوع اليها فيه .

(الطعن ١٨ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٨/٦/٥ س ١٩ ص ١١٠٤)

القواعد المتعلقة بقبول الاستئناف متعلقة بالنظام العام فيتعين على المحكمة أن تقضى بعدم جواز الاستئناف إذا كانت الدعوى داخلة فى النصاب الانتهائى لمحكمة الدرجة الأولى ولو لم يدفع بذلك أى من الخصوم لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إعتمد فى تقديره لقيمة الدعوى على الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٧ من قانون المرافعات وانتهى صحيحاً

الى عدم جواز الاستئناف فإنه ما كان يجوز له أن يعرض لدفاع الطاعن المتعلق بالموضوع . ويكون النعى عليه بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون على غير أساس .

(الطعن ١٠٦٤ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨١/١/١ س ٣٢ ص ٩٧)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . تعلقه بالنظام العام . للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وعلة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره فى نفس الدعوى ، وهذه الحجية أجدر بالإحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أى أمر اخر يترتب عليه إهدارها تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها .

(الطعنان ٤٢٤ ، ٤٢٦ لسنة٤٣ق - جلسة٢٦/١/١٩٨١س٣٢ص٣٠٧)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها تقدير وحدة الموضوع فى الدعويين من سلطة محكمة الموضوع .

إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها على ما ظهر له من تغير مراكز الخصوم وتعديل أوضاعهم بما طرأ عليها من أمور استجدت بعد قضاء الحكم فى الدعوى المذكوره واستئنافها ، واستند فى هذا الشأن الى أسباب سائغة ، وإذا كان تقدير وحدة الموضوع فى الدعويين المستعجلتين واختلافه يعد فصلاً فى مسألة تستقل بها المحكمة ، بغير معقب عليها ، متى كانت قد اعتمدت على أسباب من شأنها أن تؤدى الى النتيجة التى إنتهت اليها ،

فإن النعى علىَ الحكم المطعون فيه بانه فصل فى نزاع أمام محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى يكون فى غير محله .

(الطعن ١١٢٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٦/٦/١٩٨١ س٣٢ ص١٨٣٩)

ان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وعلة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره فى نفس المنازعة ، وهذه الحجية اجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام بل هى تعلو على اعتباراته اذ يترتب على اهدارها تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها ومن ثم فإن النعى على الحكم عدم اهدار هذا الدفع يكون غير سديد .

(الطعن رقـــــم ٧٥٠ لسنة ٥٦ ق - جلســــة ١٥/٩/١٩٩١)

نعرض لأحكام القضاء فيما يتعلق بشروط قيام قوة الأمر المقضى:

وجوب احترام حجية الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية فى حدود ولايتها ولو أخطأت أو خالفت ما يقضى به المنهج الشرعى.

ان مناط توافر الحجية للحكم الذى تصدره المحكمة الشرعية فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية هو أن يكون قد صدر فى حدود اختصاصها قانوناً . فإذا ما تحقق هذا المناط ثبتت للحكم حجيته ولم يعد ثمة للقضاء المدنى سبيل للرقابة على ما قضى به فى موضوع النزاع ولا مؤاخذته ان أخطأ بتطبيق مبدأ أو قانون غير الواجب تطبيقه ، وإذ أن ولاية المحاكم الشرعية فى الفصل فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأتراك كانت

ثابتة لها دائماً قبل ابرام معاهدة الإقامة بين مصر وتركيا ، وإذ أن النص فى هذه المعاهدة على القانون الواجب التطبيق ليس شرطاً لقيام هذه الولاية وإنما هو لا يعدو أن يكون ايراداً لحكم كان متعيناً على المحاكم الشرعية اتباعه، فإن مخالفته ليس من شأنها أن تحد من الحجية الواجبة للحكم الذى تصدره في هذا الصدد متى صار انتهائياً .

(الطعن رقم ٤٦ لسنة ١٧ ق - جلسة ١٩٤٩/٥/١٩)

قبول حكم صادر من محكمة خارج حدود ولايتها وتنفيذه لا يكسبه قوة الأمر المقضى ولا حجية له فى نظر القانون.

متى كان الحكم صادراً من محكمة خارج حدود ولايتها فإن قبوله أو تنفيذه ليس من شأن ايهما ان يسبغ عليه قوة الأمر المقضى ، بل أن هذا الحكم يعتبر كأنه لم يكن بحيث يكون للمحكمة ذات الولاية اذا ما رفع اليها النزاع ان تنظر فيه كأنه لم يسبق عرضه على القضاء .

(الطعنان رقما ١٤٢ و ١٣٨ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٥٠/٢/٢٢)

رفض المحكمة الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تأسيساً على أن المدعى لم يكن خصماً حقيقياً في الدعوى الأولى دون التعرض لوقائع ومستندات قد تجعله خصماً حقيقياً يعيب حكمها بالقصور.[١]

اذا دفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها فرفضت المحكمة هذا الدفع بناء على أن المدعى لم يكن خصماً حقيقياً فى الدعوى السابقة وانما هو أدخل فيها ليصدر الحكم فى مواجهته بإعتباره واضعاً اليد على

(١) راجع فى هذا الموسوعة الذهبية المرجع السابق ص ٤١٣ ومابعدها .

جانب من الأطيان المتنازع عليها وظل كذلك حتى فصل فيها دون أن يلزم بشئ من مصروفاتها ، وكان الثابت من المستندات المقدمة فى الطعن أن هذا المدعى كان قد حضر امام الخبير فى الدعوى السابقة وقدم اليه العقود نفسها التى يرتكن اليها فى دعواه الحالية ، كما أنه استأنف الحكم الإبتدائى الصادر فيها معتمداً على نفس الأسباب التى بنى عليها دعواه الحالية وقضى بعدم قبول استئنافه لرفعه بعد الميعاد ، وكانت المحكمة بالرغم من التمسك أمامها بهذين الوجهين لم تتحدث عنهما لبيان مدى أثرهما على مركز المدعى فى الدعوى السابقة وهل هما يؤديان الى اعتباره خصماً حقيقياً فيها أم لا - فهذا منها قصور يعيب حكمها - وإذا كان المدعى عليهم قد تمسكوا فى سبيل الاستدلال على توافر وحدة الموضوع فى الدعويين بأن المدعى فى الدعوى الحالية كان واضع اليد على جزء من الاطيان التى يطالب بها ، ومع ذلك فإن المحكمة لم تتناول هذا الموضوع بالبحث لبيان ما إذا كان الجزء المذكور يدخل ضمن الأطيان التى يطالب بها فى دعواه الحالية أولاً مكتفيه فى ذلك بالقول بأن الدعويين مختلفتان موضوعا دون ايضاح لوجه الاختلاف ، فهذا ايضاً من القصور المستوجب لنقض الحكم - ثم أنه اذا كان المدعى عليهم فى الدعوى الأخيرة اعتمدوا فى الدعوى السابقة على عقد القسمة المحرر بينهم وبين بعض الورثة فى حين أن المدعى يستند فى دعواه الحالية الى عقود تمليك مسجلة صادرة الى والده ، وكان الظاهر من الحكم ان المحكمة استندت فيما قررته من اختلاف سبب الدعويين الى مجرد القول بتغاير العقود المؤسس عليها كل من الدعويين دون تمحيص لسبب كل منهما وهل يؤدى تغاير العقود المقدمة من طرفى الخصومة فيهما الى اختلاف سببهما ام لا فهذا ايضاً قصور .

(الطعن رقم ١٤١ لسنة ١٨ ق - جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

تسليم الخصم المصرى بجنسية خصومة الأجنبية وصدور حكم نهائى من القضاء المختلط يمنعه من إعادة طرح النزاع على القضاء الوطنى والمنازعة فى جنسيتهم .

ما دام المدعى المصرى هو الذى طرح النزاع على المحكمة المختلطة مسلماً بالجنسية الأجنبية لخصميه وعلى هذا الإعتبار تابع نظرها امامها حتى انتهت بحكم نهائى منها - فلا يقبل منه بعد ذلك ان يتنكر لهذا الحكم بعد أن حاز قوة الأمر المقضى ويطرح النزاع من جديد على المحاكم الوطنية بحجة أن خصميه لم يثبت أنهما ينتميان الى جنسية اجنبية مستنداً فى ذلك الى شهادة من وزارة الداخلية .

(الطعن رقم ١١١ لسنة ١٨ ق - جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠)

انعدام حجية الحكم الصادر من القضاء المختلط خارج حدود ولايته .

اذا كانت المحكمة المختلطة قد تعدت حدود الدعوى التى كانت مرفوعة اليها بطلب صرف أموال مودعه لدى بنك الى الفصل فى ملكية الأموال المتنازع عليها بين وطنيين فإن حكمها يكون قد صدر خارج ولايتها فلا تكون له أية حجية .

(الطعنان رقما ١٤٢ ، ١٣٨ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٥٠/٦/٢٢)

الحكم الصادر فى الدعوى الفرعية المرفوعة من مدعى عليه قبل مدعى عليه آخر يحوز قوة الشئ المحكوم به .

للمدعى عليه ان يرفع دعوى فرعية (دعوى عارضة) على كل من تقضى مصلحته بإختصامه فيها حتى ولو كان مدعى عليه معه فى الدعوى الأصلية وانعقاد الخصومة فى أية دعوى أصلية كانت أو فرعية منوط

بتوجيهها باجزاء معتبر قانوناً الى كل من يراد اختصامه فيها ، ومتى تحقق ذلك ترتبت عليها آثارها وحاز الحكم النهائى الصادر فيها قوة الأمر المقضى، واذن فمن الخطأ القول بعدم حجية الحكم الصادر فى الدعوى الفرعية المرفوعة من الدعى عليه لأنها إنما توجه من المدعى عليه الى المدعى دفعاً للدعوى الأصلية والعبرة فى التحقيق من قيام الدعوى وتحديد الطلبات المقدمة فيها والخصوم الموجهة اليهم هى بما يكون ثابتاً بالأوراق ومحاضر الجلسات.

(الطعن رقم ٩١ لسنة ١٧ ق - جلسة ١٩٥٠/٦/٢٢)

دعوى التعويض عن تلف حائط منزل تختلف موضوعاً عن دعوى التعويض لتزايد التلف فى هذا الحائط .(١)

متى كان الحكم النهائى السابق صدوره فى دعوى التعويض التى رفعها الطاعنون على المطعون عليها الأولى لم يقرر مسئولية هذه الأخيرة الا عن التلف الذى حدث بمنزلهم والحائط المشترك فى ذلك الوقت وكان أساس دعوى التعويض اللاحقة التى أقامها طاعنون على المطعون عليها سالفة ذكر ادعاؤهم تزايد ذلك التلف وكان الحكم اذ قضى برفض هذه الدعوى قد أقام قضاءه على ما استخلصه من عدم ثبوت حصول تلف جديد أو شروخ غير التى عوينت من قبل فإن النعى عليه أنه فصل فى النزاع على خلاف ماقضى به الحكم السابق استناداً الى أنه نفى مسئولية المطعون عليها الأولى التى قررها الحكم السابق - هذا النعى يكون غير صحيح لأن الدعوى اللاحقة مختلفة فى موضوعها عن الدعوى السابقة .

(الطعن رقم ١٣٦ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/١/١٨)

عدم تمثيل البائع للمشترى فيما يقوم على العقار من نزاع بعد تسجيل عقد البيع .

---

(١) راجع فى هذا المرجع السابق ص ٤١٦ ومابعدها .

البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعه لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى .

(الطعن رقـــم ١٩ لســـنة ١٩ ق - جلســـة ١٩٥١/٤/٥)

حق محكمة الموضوع فى اعتبار الموضوع واحداً لأسباب سائغة .

ان القول بوحدة الموضوع فى دعويين هو مسألة موضوعية تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع ولا معقب على حكمها متى كانت قد اعتمدت فيه على أسباب من شأنها أن تؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها فمتى كانت المحكمة قد انتهت بناء على ما أوردته من أسباب الى ان موضوع الدعوى السابقة قد انصب على كامل استحقاق المدعين فى الوقت مقدرا بالمبلغ الذى طلبوه فلا يغير من هذا قولهم ان موضوع الدعوى الحالية هو بقية الاستحقاق الذى لم يقض لهم به فى الدعوى السابقة مستندين فى ذلك الى أن الحكم الصادر فى الدعوى الأولى بما تضمنه من تلك الإشارة الواردة فى أسبابه لم يقض لهم الا بجزء من استحقاقهم .

(الطعن رقـــم ١٦١ لسنة ١٩ ق - جلســـة ١٩٥١/١١/١٥)

الفصل فى استحقاق حصة العقيم فى دعوى سابقة وان صح اعتباره فصلاً فى مسألة كلية شاملة يحول دون العودة الى المنازعة فى شأن هذا النصيب الا انه لا يحتج بالحكم الصادر فيها الا على الخصوم الذين كانوا ممثلين فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم وذلك اعمالاً لقاعدة نسبية أثر الأحكام وهى تمنع من أن يفيد أحد أو يضار بحكم لم يكن طرفاً فيه .

(الطعن ٤ لسنة٣١ ق - جلســـة ١٩٦٤/٣/١١ س ١٥ ص ٣٣٥)

المنع من إعادة نظر النزاع في المسألة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة في الدعويين ، ولا تتوفر هذه الوحدة الا أن تكون المسألة المقضى فيها نهائياً مسألة أساسية لا تتغير وبشرط أن يكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جامعاً مانعاً فتكون هي بذاتها الأساس فيما يدعيه بعد الدعوى الثانية أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق متفرعة عنها . ويبنى على ذلك ان ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن ان يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضى.

(الطعن ٤٦٧ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢٩/١٠/١٩٦٤ س ١٥ ص ٩٩٦)

متى كان الحكم المطعون فيه فيما انتهى اليه من ان المطعون عليهم يستحقون في نصيب أحد المستحقين في الوقف ما كان يستحقه والدهم لو كان حياً قد ناقض ما سبق أن قضى به الحكم الصادر من المحكمة العليا الشرعية بين الخصوم أنفسهم في نزاع قام بينهم بشأن استحقاق هذا النصيب بالذات وكان هذا الحكم قد حاز قوة الشئ المقضى بالنسبة لجميع المطعون عليهم لأنهم كانوا طرفاً فيه ، فإن الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه لمجيئه على خلاف ذلك الحكم يكون جائزاً عملاً بنص المادة الثالثة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ . ولا يصح الإعتراض بأن بعض المطعون ضدهم لم يكونوا مختصمين بأنفسهم في الدعوى الأولى التى صدر فيها الحكم من المحكمة العليا الشرعية وان اختصام والدهم في تلك الدعوى لا يجعل الحكم الصادر فيها بتحديد الاستحقاق في الوقف حجة عليهم هو مقرر من أن المستحق في الوقف لا يتلقى حقه من مورثه وانما من الواقف مباشرة - ذلك ان المورث المذكور قد توفى بعد انتهاء الوقف الأهلى وصيرورته ملكا للمستحقين فتلقى ورثته الحق عنه ميراثاً ولم ينتقل اليهم

عن طريق الوقف ولذلك يكون الحكم الصادر عليه حجة عليهم باعتبارهم خلفاً عاماً لمورثهم الذى كان طرفاً فيه .

(الطعن ٤٢٣ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ س١٥ ص ١١٦١)

اذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها لأن أحداً من المدعين لم يكن ممثلاً فى الأحكام السابقة ، كما أن الموضوع مختلف فضلاً عن ان المادة ٦٠ من القانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تنص على أن الأحكام النهائية الصادرة قبل العمل بهذا القانون فى غير الولاية على الوقف انما تكون نافذة بالنسبة لطرفيها ، فإن ما عول عليه الحكم من ذلك لا ينطوى على خطأ فى القانون.

(الطعن ٣٣ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٦/٥/١٤ س ١٧ ص ٩٧٧)

من المقرر انه اذا حسمت المحكمة النزاع فى المسائل المعروضه عليها انقضت سلطتها بشأنها ولم تعد لها أية ولاية فى إعادة بحثها أو تعديل قضائها ولو بإتفاق الخصوم ، ويعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام القطعية موضوعية كانت أو فرعية وانه متى كانت المحكمة قد أخذت بتقرير الخبير الذى انتدبته للاسباب التى اشتمل عليها واعتمد طريقة التقدير التى اتبعها فهذا التقرير يعتبر جزءاً من حجية الحكم مكملاً لأسبابه ، متى كان ذلك وكان الثابت ان محكمة الدرجة الثانية قد قطعت فى أسباب حكمها بتاريخ ١٩٧٣/١/٢٣ بندب خبير فى الدعوى بأنه لا يجوز خصم دين المطعون ضده الرابع من أصول التركة وحاز هذا القضاء قوة الأمر المقضى فانه ليس لهذه المحكمة بعد ذلك ان تعيد بحث هذه المسألة أو تعدل عن هذا القضاء ولو بإتفاق الخصوم لاستنفاذها ولايتها بشأنها وتعلق هذا الأمر بالنظام العام .

(الطعن رقم ٩٧٤ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٨١/١/١٢)

انه لما كانت الحجية لا تثبت الا للأحكام القطعية التى تفصل فى موضوع الدعوى أو فى جزء منه أو فى دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية وكان الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية باحالة الدعوى الى التحقيق لأثبات ونفى ما تنازع عليه الخصوم حول استمرار العشرة الزوجية بعد وقوع التعدى المدعى به لم يفصل فى شئ مما ذكر فإنه لا تثبت له أية حجية . لما كان ذلك وكان ما أورده الحكم بأسبابه من أن وقائع الدعوى ومستنداتها لا تكفى لتكوين عقيدة المحكمة انما يرتبط بالواقعة التى أحيلت الدعوى الى التحقيق لاثباتها وهى واقعة الاستمرار فى المعاشرة الزوجية التى تمسك بها الطاعن دفعاً للدعوى ومن ثم لا ينصرف مدلوله الا لبيان عدم كفاية الأدلة المقدمة فى الدعوى لنفى هذا الإدعاء وهو ما إقتضى اتاحة الفرصة للطاعن لإثباته ، فان ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من عجز الطاعن عن هذا الاثبات وأن وقائع الاضرار ثابتة من البيانات المقدمة من المطعون عليها لا يشكل تناقضاً مع ما أوردته المحكمة بحكم التحقيق ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس .

(الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٢/١/٢٦)

مفاد المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات ، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض يدل على أن الحكم الجنائى تكون له حجية فى الدعوى المدنية امام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته الى فاعله ، فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية ان تعيد بحثها ويتعين عليها ان تعتبرها وتلتزمها فى بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كى لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائى السابق .

(الطعن رقم ٢١ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٢/٤/١٤)

مناط حجية الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى وحدة الخصوم والسبب والموضوع .

(الطعن رقم ١٦٢٣ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٨٢)

المقرر ان اكتساب القضاء السابق فى مسألة اساسية لقوة الأمر المقضى مانع للخصوم من العودة للتنازع فيها فى أى دعوى تالية ولا يمنع من ذلك أن يكون الفصل فيها قد جاء بأسباب الحكم السابق اذا ارتبطت الاسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً لا يقوم المنطوق بدونها .

(الطعن رقم ٢٤١٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ٢٠ / ١٢ / ١٩٨٢)

الحكم نهائيا فى منازعة تنفيذ موضوعية بتعديل محضر التسليم بجعل التسليم حكميا على سند أن الطاعنين يضعون اليد على الأرض محل النزاع بصفتهم مستأجرين لها . صيرورته حائزا قوة الأمر المقضى فى خصوص إعتبار الطاعنين مستأجرين لها مانعا الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة لمناقشة هذه المسألة فى أية دعوى تاليه يثار فيها هذا النزاع .

(الطعنان ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ ق، ١٥٧ لسنة ٦٠ ق - جلسة ٧ / ٤ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

حجية الأحكام من النظام العام . أثره . جواز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . شرطه . أن يكون عناصرها الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع . لا يكفى تقديم صورة الحكم السابق رفض صحيفة الطعن الى محكمة النقض . إعتباره سببا جديدا غير مقبول .

(الطعن ١٧١ لسنة ٦٠ ق «أحوال شخصيه» جلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

حجية الأحكام . مفادها . حكم القاضى هو عنوان الحقيقة . أثر الحجية . مطلقة قبل الناس كافة أو نسبية قاصرة على أطراف الخصومة دون

سواهم . الأحكامْ الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية لها حجية مطلقة . علة ذلك .

(الطعن ١١٩ لسنة ٦٠ق « أحوال شخصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بعدم إختصاصها قيميا بنظر الدعوى وإحالتها الى المحكمة الإبتدائية . قضاء الأخيرة بعدم إختصاصها نوعيا بنظر ذات الدعوى والإحالة . التزام المحكمة الجزئية بهذا القضاء .

(الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦٠ ق - جلسة ٧ / ٤ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

الحكم الإبتدائى حجيته مؤقته . مؤداه . استئناف الحكم . أثره . وقف حجيته حتى يقضى فيه .

(الطعن ١٥٦ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٩ / ١ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنيه . شرطها . أن يكون باتا لايقبل الطعن .

(الطعن ١٤٩ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٩ / ١ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنيه . شرطها أن يكون باتا . أما لإستنفاذ طرق الطعن الجائزة أو لفوات مواعيدها .

(الطعن ٢٨٧ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٣ / ٩ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالوجه الأول من السبب الأول والسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول انه دفع أمام محكمة أول درجة بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٢٧٨ لسنة ١٩٨٤ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة التى أقامتها المطعون ضدها بطلب التطليق عليه للضرر إعمالا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ وقضى برفضها وصار هذا القضاء نهائيا بالحكم الصادر فى الإستئناف رقم ٦٢ لسنة ١٠٤ ق القاهرة ثم أقامت الدعوى الماثلة بذات الطلبات . فى الدعوى السابقة إلا أن الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع . رغم أن الوقائع التى ساقتها المطعون ضدها فى الدعوى الأولى هى ذاتها التى إستندت اليها فى الدعوى الماثلة فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأن النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا إدعت الزوجه إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١» يدل على أن من حق الزوجه أن ترفع دعوى جديده تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند فى ذلك الى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها . لما كان ذلك . وكان البين من الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه بتأييد حكم محكمة أول درجة برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى على أن وقائع الدعوى الأولى مغايرة ولاحقة للدعوى الثانيه . إذ إستندت المطعون ضدها فى دعواها الأخيرة الى أن الخلاف بين الطرفين أمتد الى ساحات المحاكم . بعد صدور الحكم الأول لإتهام الطاعن والد المطعون ضدها ووالدتها وشقيقها بالسرقة فى المحضر رقم ١٣٠٦ لسنة ١٩٨٥ جنح بنها الذين قضى ببراءتهم ، وقيام الطاعن بتبديد منقولات المطعون ضدها . وحبسه شهرا مع الإيقاف فى الجنحة رقم ٧٤٤ لسنة ١٩٨٥ الظاهر فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

(الحكم فى الطعن ١٦٢ لسنة ٦٣ق - جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٩٧ لم ينشر بعد)

الباب الثالث

الدفع بعدم قبول دعوى التطليق

للزواج بأخرى لرفعها بعد الأوان

يجرى نص المادة ١١ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى:

« على الزوج ان يقر فى وثيقه الزواج بحالته الاجتماعية ، فاذا كان متزوجا فعليه ان يبين فى الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال اقامتهن وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها ان تطلب الطلاق منه اذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد الا يتزوج عليها.

فاذا عجز القاضى عن الاصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة. ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج باخرى ، الا اذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا. ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى .

واذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم انه متزوج بسواها ثم ظهر انه متزوج فلها ان تطلب التطليق كذلك » .

وهذه المادة إستبدلت بدلاً من المادة ٦ مكرر أولا التى كان يتضمنها القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ .

ولقد تضمنت المذكرة الإيضاحية لهذا النص ماهو آت:

« سبق ان قررت المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مبدأ الطلاق للضرر فنصت على انه » :

« اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها ان تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ......» .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الامام مالك ومثله فى مذهب الامام أحمد ابن حنبل رضى الله عنهما وخالف فى هذا المبدأ الامامان أبى حنيفة والشافعى رضى الله عنهما .

والأصل فى جواز التطليق للضرر قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما) من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء .

فقد فهم بعض الصحابة ان حق الحكمين مطلق فى الاصلاح أو التفريق وان على القاضى ان يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله ابن عباس ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم اذ قال : (لا ضرر ولا ضرار) كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم فى مثل قوله تعالى : (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ، واذا فات الامساك بالمعروف تعين التسريح بالاحسان .

ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة ، مشكلة اجتماعية يتعين علاجها فان المشرع رأى ان يكون ضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى

نوعا خاصا من الضرر ينص عليه وهو فى نطاق القاعدة العامة - للتطليق للضرر - فاذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى ، كان لها حق طلب التطليق للضرر سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا أو نفسيا ، ومستند هذا الحكم مذهب الامام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية فى الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » والتخريج على مذهب الامام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة .

وإذا ما أقامت الزوجة دعواها بالتطليق بعد مضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى فإن الزوج له أن يدفع الدعوى بعدم قبولها لسقوط حق الزوجة فى طلب التطليق بمضى المدة لرفعها بعد الأوان ويجوز إبداء هذا الدفع فى أية حالة تكون عليها الدعوى .

وقد ثار جدلا فى الواقع العملى حول هذا النص ومدى دستوريته ومن ذلك الدعوى رقم ١١ ق دستورية عليا .

وقضت فيها المحكمة الدستورية بجلسة ٢/٦/١٩٩٤ ونشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ فى ٢/٦/١٩٩٤ .

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٨٦٢ لسنة ١٩٨٩ أحوال شخصية كلي "نفس" المنصورة ابتغاء الحكم لها بتطليقها عليه طلقة بائنة " للضرر وسوء العشرة ولزواجه عليها بأخرى" وذلك عملا بمادتين ٦ ، ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠

لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض قوانين الأحوال الشخصية ، وبجلسة ١٢ نوفمبر ١٩٨٧ أصدرت محكمة المنصورة الابتدائية حكمها قاضياً برفض الدعوى ، فاستأنفته المدعى عليها الثالثة بالاستئناف رقم ١٢١ لسنة ١٩٨٧ أحوال شخصية نفس مستأنف المنصورة ، واذ دفع المدعى " المستأنف ضده " بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار اليه ، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعه ، وصرحت له باتخاذ إجراءات رفع الدعوى الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة . وبجلسة ١٣ مايو ١٩٨٩ قررت المدعى عليها الثالثة " المستأنفة " بتنازلها عن زواج المدعى عليه بأخرى سبباً لدعواها . وبإسنادها الى سبب وحيد هو الضرر وسوء العشرة طبقا للمادة (٦) من المرسوم بقانون سالف الذكر . وبجلسة ١٢ يونيه ١٩٨٩ قضت محكمة الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف . وبتطليق المدعى عليها الثالثة على زوجها " المدعى " طلقة بائنة للضرر ، وأبانت فى أسباب حكمها أنها لم تر موجبا لوقف الدعوى الموضوعية حتى يفصل فى الدعوى الدستورية الراهنة بعد ان تنازلت المدعى عليها المذكورة عن التمسك بزواج المدعى عليه بأخرى سببا للتطليق . طعن المدعى على ذلك الحكم بطريق النقض ، وبجلسة ١٢ مارس ١٩٩١ قضت محكمة النقض - فى الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٥٩ قضائية لسنة ..... أحوال شخصية - برفضه .

وحيث ان المدعى عليها الثالثة كانت قد استندت فى طلبها الحكم بتطليقها من المدعى الى المادتين ٦ ، ١١ مكرراً (فقرة ثانية) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى تنص (أولاهما) على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . جاز لها أن تطلب من القاضى التفريق ،

وحينئذ يطلقها القاضى طلقه بائنة إذا ثبت الضرر عجز عن الإصلاح بينهما . وتخول (ثانيتهما) الزوجة التى تزوج عليها زوجها ان تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد الزواج ألا يتزوج عليها وكان البين من الأوراق أنه بعد أن دفع المدعى بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١١ مكرراً - المشار اليها - وصرحت له محكمة الموضوع بإقامة دعواه الدستورية فأقامها ، عدلت المدعى عليها الثالثة عن ارتكانها الى هذه الفقرة فى طلبها التفريق بينها وبينه ، وقصرت سبب الطلب على إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما عملا بالمادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ومن ثم يكون سبب الدعوى الموضوعية قد غدا مقصورا على الضرر وسوء العشرة استنادا الى تلك المادة وحدها .

وحيث انه متى كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينهما وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسألة الدستورية مؤثرا فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع ، فإذا لم يكن له بها من صلة كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة . متى كان ماتقدم، وكان إبطال النص التشريعى المطعون عليه فى الدعوى الدستورية التى أقامها الزوج ، لن يعود عليه بأية فائدة عملية يمكن ان يتغير بها مركزه بعد الفصل فى هذه الدعوى عما كان عليه عند رفعها بعد أن عدلت المدعية عليها الثالثة طلباتها فى الدعوى الموضوعية على النحو سالف البيان ، فإن الخصومة تكون منتهية .

ضمانات علم الزوجة :

حتى يضمن المشرع علم الزوجة أوجب على الزوج ان يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، فاذا كان متزوجا فعليه ان يبين فى الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال اقامتهن ، وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

اذا أخفى الزوج على زوجته زواجه بأخرى :

إذا تزوجت المرأة ولم تكن تعلم أن زوجها متزوج بسواها وأخفى عنها زوجها زواجه بأخرى ، يكون لها إذا علمت بزواج زوجها من أخرى أن تطلب التطليق .[1]

ويشترط للقضاء بتطليقها على زوجها ذات الشروط اللازم توافرها فى الحالة الأولى المشار اليها آنفاً وهى .

أن تثبت ان الزوج متزوج بسواها وإنها لم تكن تعلم بزواجه ولم ترضى به صراحة أو ضمناً .

وان تثبت أنه لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بينهما . وأن تطلب التطليق قبل مضى سنة من تاريخ علمها بالزواج الآخر .

فإذا أثبتت دعواها وعجز القاضى (المحكمة) عن الاصلاح بينها وبين زوجها طلقها عليه .

وتطليق الزوجة لسبق زواج زوجها بأخرى واخفائه ذلك عنها ، طلاق بائن لأنه طلاق للضرر ولصريح نص المادة ١١ مكرراً .

(١) راجع أحكام الأحوال الشخصية للمرحوم أحمد ابراهيم والمستشار واصل علاء الدين، أحمد ابراهيم ص ٤٥٧ وما بعدها .

وقد استقر القضاء على عدة أحكام فى ظل القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتى لم تكن تتطلب من الزوجة اثبات الضرر .

الزام القاضى بالتوفيق بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق غايته إزالة أسباب الشقاق تحقق الضرر نتيجة اقتران الزوج بأخرى ولو انتهت الزيجة الجديدة بالطلاق . أثره . عدم جدوى التوفيق بينهما . علة ذلك .

اذا كان الهدف من إلزام القاضى بالعمل على الإصلاح بين الزوجين قبل قضائه بالتفريق وفقاً لنص المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو محاولة إزالة أسباب الشقاق بينهما وعودة الحياة الزوجية الى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معاشرة ، وكان مؤدى نص المادة السادسة مكرراً من هذا القانون ان اقتران الزوج بأخرى دون رضاء الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه فلا يزول أثره حتى ولو انتهت الزيجة الجديدة بالطلاق ، فإن محاولة الإصلاح التى تقتضى إزالة أسباب الضرر تكون غير مجدية فى هذه الحالة التى أفرد لها الشارع باعتبار ما لها من طبيعة خاصة نصاً مستقلاً وخصها بقواعد مغايرة لتلك التى تحكم صور الضرر الأخرى والواردة بنص المادة السادسة السالفة البيان .

(الطعن ٣٠ لسنة ٥٢ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ٥ / ١٩٨٣ س ٣٤ ص ١٢٨٥)

التطليق للضرر . م ٦ قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . ان تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بيان صور سوء المعاملة بصحيفة الدعوى كعناصر للضرر ليس من شأنه ان تتعدد الدعوى بتعددها . أثر ذلك .

(الطعن ٥٠ لسنة ٥٢ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٣ س ٣٤ ص ١٤٩٥)

الزواج الجديد دون رضاء الزوجة التى فى عصمة زوجها، يعد ضرراً مفترضاً بحكم القانون . جواز طلبها التطليق دون حاجة لإثباته م ٦ مكرراً ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ للزواج إسقاط الضرر المفترض بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد .

(الطعن ٤٢ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٩ / ٤ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٧٣)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٦ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - والذى رفعت الدعوى على سند منه، مفاده ان المشرع أقام قرينة قانونية لصالح الزوجة التى فى عصمته زوجها مؤداها ان اقترانه بأخرى بغير رضاها يعتبر اضرارا بها ويعفيها من اثبات هذا الضرر متى طلبت التفريق لأجله .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٨٦ لم ينشر بعد)

طلب التطليق للزواج بأخرى . م ٦ مكرر فقرة ٢ ، ٣ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل - بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - سبق اعتراض المطعون ضدها على انذار الطاعة بسبب شغل بيت الطاعة بزوجة أخرى . نفى الحكم علم المطعون عليها بزواج الطاعن بأخرى . فساد فى الاستدلال .

(الطعن ٨٣ لسنة ٥٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٨٧ س ٣٨ ص ٦٢٥)

إقتران الزوج بأخرى بغير رضاء الزوجة الأولى التى فى عصمته . إعتباره ضرراً بها تعفى من اثباته متى طلبت التفريق لأجله . م ٦ مكرر فقرة ثانية وثالثه من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ . جواز نقض الزوج لهذه القرينة بإثبات رضا زوجته بالزواج الجديد .

(الطعن ٧٩ لسنة ٥٤ ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٨٨ س ٣٩ ص ١٧٢)

هذا وقد طبق القضاء المادة ١١ مكرر فى ظل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى :

الحكم بالتطليق وفق المادة ١١ مكرر من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . ثبوت تضرر الزوجه من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة . عدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالت أم قصرت .

(الطعن ١١٤ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

التطليق وفقاً لحكم المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . اثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى . البينة فى الاثبات . شهادة أصلية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول .

(الطعن ١٠٧ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢١ / ٤ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

التطليق للزواج بأخرى . م ١١ مكرر من المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . مناطه . ثبوت تضرر الزوجة من الزواج بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة . لا محل لاشتراط عدم مشروعية الغاية من الزيجة الثانية للقضاء به .

(الطعن ٢٢٥ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

القضاء بالتطليق . م ١١ مكررا من المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين . عدم رسم طريق معين لمحاولة الاصلاح . مؤداه .

عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من وكيل المطعون ضدها . كفايته لإثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

(الطعن ٢٢٥ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك ان المقرر فى الفقه الحنفى انه يشترط لقبول الشهادة على حقوق العباد ان تكون موافقة للدعوى وقد تكون الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى وقد تكون الموافقة ببعض الدعوى وتسمى موافقة تضمنية وهى تقبل اتفاقا ويأخذ القاضى بما شهد به الشهود باعتباره القدر الثابت من الدعوى بالبينة ولا تلزم الموافقة فى اللفظ بل تكفى الموافقة فى المعنى والمقصود سواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت . لما كان ذلك وكان المراد بالضرر المبيح للتطليق وفق نص المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ هو الضرر الذى يلحق بالزوجة لاقتران زوجها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وانه يكفى لاكتمال نصاب الشهادة على تلك المضارة ان تتفق شهادة الشهود على تحقق الاضرار بالزوجة لاقتران زوجها بأخرى وكانت المطعون ضدها قد أقامت دعواها بالتطليق استنادا الى اضرار المطعون ضده بها لزواجه عليها بأخرى فان شهادة شاهديها المتضمنة ان المطعون ضده بعد ان تزوج عليها بأخرى آثرها عليها ورغب عنها وجعلها كالمعلقة لا هى ذات بعل ولا هى مطلقة وقعد عن معاشرتها ومنعها مما تدعو اليه الحاجة وفى ذلك ما فيه من مغبة وقوعها فى الفتنة وسلوك طريق الرذيلة وقد انصبت تلك الشهادة على وقائع عايناها بنفسيهما سمعا ومشاهدة وقد وافقت الدعوى مما يتوافر بها المضارة الموجبه للتطليق وفق نص المادة ١١ مكررا فان الحكم المطعون فيه اذ خالف هذا النظر بشأن بينة الطاعنة ومدى صحتها شرعاً ومؤداها وانتهى الى تأييد

الحكم الابتدائى القاضى برفض دعوى الطاعنة فانه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه .

(الطعن ٢٢٨ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

سقوط حق الزوجة فى طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى . شرطه . مضى سنة من تاريخ علمها به أو رفضها به صراحة أو ضمناً . م ١١ مكررا من المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة إستنادا الى رضائها الضمنى بزواج المطعون ضده بأخرى الذى إستخلصه من عدم إقامتها دعوى التطليق فى مدة تقل عن سنة من تاريخ علمها به . خطأ فى تطبيق القانون وفساد فى الاستدلال .

(الطعن ٣٦ لسنة ٦٠ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أن النص فى المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن « .... على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول ، ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد إشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها ، فإذا عجز القاضى عن الاصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ، إلا إذا كانت قد رضيت ذلك صراحة أو ضمنا ، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى ، واذا كانت الزوجة

الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب الطلاق كذلك ، يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق وفق نص هذه المادة أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما وسواء كانت الزيجة الأخرى لاحقة أو سابقة على زواج الزوجة المتضررة طالما لم يثبت تحقق علمها بذلك .

(الطعن١٢٦لسنة٦٠ق«أحوال شخصية»جلسة ١٨ / ١ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الضرر المبيح للتطليق . م ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . ماهيته . إكتمال نصاب الشهادة على تحققه . شرطه .

(الطعن١١٠لسنة٦٠ق«أحوال شخصية»جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

(الطعن١٧٦لسنة٦٠ق«أحوال شخصية»جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الدفع بعدم سماع دعوى النفقه

عن مدة ماضيه لأكثر من سنه

يجرى نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى:

« تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح اذا سلمت نفسها اليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع .

ولاتجب النفقة للزوجة اذا ارتدت . أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق . أو اضطرت الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج . أو خرجت دون اذن زوجها .

ولايعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون اذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر ان استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق ، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

---

(١) مستبدلة بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمنشور فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٥/٧/٤ - العدد ٢٧ « تابع » .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ، ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها الا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى ».

والبين من هذه الماده أن دعوى النفقه لا تسمع عن مدة ماضيه أكثر من سنه نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وهذه المادة على عكس المادة ٩٩ من المرسوم بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ (ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها رفع الدعوى) .

الأمر الذى مفاده ومؤداه أن هذه المادة قد ألغت ضمناً ما جاء بنص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون عن هذا النص :

(أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة غايتها تاريخ رفع الدعوى ، ذلك لأن في اطلاق اجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التى كانت مقررة في المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم

الشرعية وهى ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم اذ يمكنه المبادرة الى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر .

وعلى هذا فان دعوى النفقة الزوجية لا تسمع عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ الدعوى .

تطبيقات قضائية :

وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه لما كان يشترط لسماع الدعوى بنفقة العدة ألا تزيد المدة المطالب بهذه النفقة عنها على سنة من تاريخ الطلاق وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » . وكان يشترط لسماع تلك الدعوى فوق ذلك ألا يكون قد مضى على هذه السنة ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى وذلك عملا بحكم الفقرة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أنه : « لاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » وكان لا محل للقول بأن هذا النص مقصور على نفقة الزوجية دون نفقة العدة ذلك لأن لفظ « النفقة » جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ، ولأن نفقة العدة هى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها » .

(الطعن ٢٧ لسنة ٣٩ ق أحوال شخصية، جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٧٤ لم ينشر بعد)

لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة في القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، والمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها ، وكان الحكم المطعون فيه اذ أيد الحكم الإبتدائى بتطليق المطعون عليها على الطاعن وعدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطليق لحين انقضاء عدتها شرعا ، يكون قد فصل فى طلب كان مطروحا أمام محكمة أول درجة .

(الطعن ٣٣ لسنة ٥٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٨٤ لم ينشر بعد)

لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة ان لفظ النفقة – فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، والمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاماً مطلقاً فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها ، وكان الحكم المطعون فيه اذ أيد الحكم الابتدائى بتطليق المطعون عليها على الطاعن وعدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطليق لحين انقضاء عدتها شرعاً ، يكون قد فصل فى طلب كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة .

(الطعن ٣٣ لسنة ٥٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٠٧٧)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة – ان دعوى النفقة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للفرقة لاختلاف المناط فى كل منهما ، فبينما تقوم الأولى على سند من احتباس الزوجة لزوجها وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها ان تنشز عن طاعته الا بحق ، اذ بالثانية تؤسس على

ادعاء الاساءة واستحكام النفور والفرقة بين الزوجين ، والنشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها .

(الطعن ٥٠ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٨٦ لم ينشر بعد)

انضمام جمهورية مصر العربية ودولة الكويت الى اتفاقية تنفيذ الأحكام الصادرة من مجلس جامعة الدول العربية فى ١٤ / ٩ / ١٩٥٢ . مؤداه. وجوب تطبيق أحكام هذه الاتفاقية . الحكم القابل للتنفيذ فى دول الجامعة العربية . ماهيته . مثال فى نفقه .

(الطعن ١٢٦ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧ / ٢ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية . شرطه . فصله فى ذات النزاع خلافاً لحكم سابق بين الخصوم حائز لقوة الأمر المقضى . م ٢٤٩ مرافعات . مثال فى نفقه .

(الطعن ١٠٢ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٧ / ٤ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

وقف نفقة الزوجة فى حالة امتناعها دون حق عن طاعة زوجها . م ٦ مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . على المحكمة اتخاذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من ٧ - ١١ من ذات القانون فى حالة استحكام الخلاف بين الزوجين وطلب الزوجة التطليق . اختلاف ذلك عن الحالة الواردة بنص المادة ٦ من ذات القانون .

(الطعن ١٠٤ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

القضاء بتطليق المطعون ضدها على الطاعن مع اسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجية . وحيازته قوة الأمر المقضى . أثره . امتناع اعادة طرح نفقة المطعون ضدها فى أى دعوى مالية له . علة ذلك .

(الطعن ٩٣ لسنة ٦١ق «أحوال شخصية» جلسة ١٧ / ١٢ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

الباب الرابع

الدفع بعدم سماع دعوى الزوجيه

يجرى نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على النحو التالى :

« لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الاقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط ان تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الافرنكية الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك.

ولاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١.

ولا تسمع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية الا بأمر منا .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

وقد استقر قضاء النقض على ان النص فى اللائحة الشرعية على ضرورة توثيق عقد الزواج لم يضع قيودا على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر اتباعها لاحكام المذهب الحنفى .

(الطعن ٣ لسنة ٤٣ق ـ جلسة ١٠ / ٣ / ١٩٧٦ س٢٧ ص٦٠٢ مج فنى مدنى)

ويعنينا أن نوضح ما تضمنته الفقرة الخامسة من تلك المادة :

فقد جاء بالمذكرة الايضاحية عنها كانت دعوى الزوجية لاتسمع اذا كانت سن الزوجة وقت العقد أقل من ست عشرة سنة وثمانى عشرة سنة للزوج سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد فرئى تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجية ، أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهى ما اذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

النهى عن سماع الدعوى فى المادة غير مقيدة بحالة انكار المدعى عليه بل هو نهى مطلق سواء كانت الزوجية منكرة عليه أم معترفا بها ، لان النهى عن هذا النوع من الدعاوى ليس الدافع اليه الرغبة فى محاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بحالة انكار المدعى عليه ، وانما الدافع اليه هو ان ولى الامر يرى ان عقد الزواج قبل بلوغ الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار اجتماعية .

وأما بالنسبة للفقرة السادسة :

فقد جاء بالمذكرة الايضاحية ـ كانت المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ من الائحة تحكم بوقوع طلاق غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لاتدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر للتقاليد المتبعة فى ملتها فتبقى معلقة لاتتزوج وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها فرئى معالجة هذه الحالة بمبدأ هذه الحالة بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر اذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق .

التفسير الصحيح للفقرة الاخيرة من المادة ٩٩ هو ان سماع الدعوى مقيدا بما اذا كان الزوجان يدينان بمبدأ وقوع الطلاق أى اذا كان أصل الطلاق مشروعا فى ملتهما لاسباب تقتضيه اذ فى هذه الحالة يمكن للزوجة بعد الحكم بطلاقها ان تتزوج آخر طبقا لاحكام ملتها ما دام مبدأ وقوع الطلاق مشروعا فيها أما اذا كان مبدأ الطلاق غير مشروع فى ملتهما أصلا فلا تسمع دعوى الطلاق .

مؤدى نص المادة ٩٩ / ٧ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ ان دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، أى ان يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى اذا ان الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك ـ وهذا النص يؤكد قصد الشارع من انه لايرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة الا لبحث ديونتهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به .

(نقض رقم ٨ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٦٨ س١٩ ص٢٩٣)

التناقض المانع من سماع دعوى الاحوال الشخصية . ماهيته. يستوى ان يكون التناقض من المدعي او منه ومن شهوده او من المدعى عليه وشهوده.

(الطعن ١٥ لسنة ٤١ق"احوال شخصية"جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٧٥س٢٦ ص٦٨٧)

المنع من سماع الدعوى بمضى المدة . شرطه. وجوب ان يكون الحق المدعى به موضع انكار الخصم طيلة مدة ١٥ سنة . تحصيل وقت بدء النزاع. من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن٣٧ لسنة ٤٥ق "احوال شخصية" جلسة٢٩ / ٣ / ١٩٧٨س٢٩ ص٩٢٤)

سماع دعوى المعتق عند الانكار وغيرها من الدعاوى الواردة فى المادة ٣٨ من لائحة المحاكم الشرعية . شرطه .

(الطعن ٣٧ لسنة ٤٥ق"احوال شخصية"جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٧٨س٢٩ ص٩٢٤)

التناقض المانع من سماع الدعوى . ماهيته. جواز ان يكون التناقض من المدعى او منه ومن الشهود .

(الطعن ٣٨ لسنة ٤٧ق"احوال شخصية" جلسة ٥ / ٣ / ١٩٨٠ س ٣٢ ص٧٤٦)

دعوى الزوجية . عدم سماعها عند الانكار الا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية . م ٩٩ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ . لا عبرة بما اذا كانت الدعوى مجردة او ضمن حق آخر . سريانه سواء كانت الدعوى مرددة بين الزوجين او ورثتهما او بين هؤلاء وبين الغير او النيابة .

(الطعن٣ لسنة ٥٠ق "احوال شخصية،جلسة٣٠ / ١٢ / ١٩٨٠س٣١ ص٢١٨٩)

النهى عن سماع الدعوى طبقا للمادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . مناطه. الحكم القاضى بسماعها . حجيته قاصرة على الدعاوى التى صدر فيها دون ما قد تتلوها من دعاوى بذات الحق .

(الطعن ٩ لسنة ٥٠ق"احوال شخصية"جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٣س٣٤ ص١٤٨٨)

المدة المقررة لسماع الدعوى . م ٣٧٥ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ماهيتها .

(الطعن ٩ لسنة ٥٠ق"احوال شخصية"جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٣س٣٤ ص١٤٨٨)

النهى عن سماع دعوى الزوجية بعد وفاة احد الزوجين فى الفترة من اول سنة ١٩١١ وحتى اخر يوليو سنة ١٩٣١ عند عدم ثبوتها بأوراق رسمية او اوراق مكتوبة بخط المتوفى وعليها امضاؤه . شرطه. انكار الزوجية من صاحب الشأن . م ٩٩ / ٣ من اللائحة الشرعية.

(الطعن ٦٨ س٥٢ق"احوال شخصية"جلسة١٧ / ٤ / ١٩٨٤ س٣٥ ص١٠٣٧)

المنع من سماع الدعوى . م ٣٧٥ لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية، نهى للقضاه عن سماعها قطعا للتزوير والحيل، لا اثر له على اصل الحق او موضوعه.

(الطعن ٣٦س٥٣ق"احوال شخصية"جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٨٤س٣٥ص١٩٣٠)

الاعذار الشرعية المانعة من سريان المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى تقديرها لقاضى الموضوع ، مادام يقيم حكمه على اسباب سائغة .

(الطعن ٣٦س٥٣ق"احوال شخصية"جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٨٤س٣٥ص١٩٣٠)

المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى وفقا للمادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . سريانها اعتبارا من تاريخ النزاع فى الحق المدعى .

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٢ق - جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٤ س٣٥ ص٢٢٠٧)

من الاصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية ان التناقض الذى يمنع من سماع الدعوى هو الذى يكون بين كلامين صدرا من شخص واحد ويظل باقيا دون ان يوجد ما يرفعه ويكون احد الكلامين فى مجلس القاضى والاخر خارجه ولكن ثبت امام القاضى حصوله اذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى يستوى فى ذلك ان يكون التناقض من المدعى او منه ومن شهوده او من المدعى عليه .

(الطعن ٦٥ لسنة ٥٤ق"احوال شخصية" جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٨٥ لم ينشر بعد)

سماع دعوى النسب بعد وفاة المورث . شرطه .

(الطعن ٨٠لسنة٥٤ق"احوال شخصيــة" جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٧س٣٨ص٢٦٣)

(والطعن٨١لسنة٥٤ق"احوال شخصية"جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٧س٣٨ص٢٦٣)

سماع دعوى الارث . مناطه.

(الطعن ٨٠لسنة٥٤ق"احوال شخصيــة" جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٧س٣٨ص٢٦٣)

(والطعن٨١لسنة٥٤ق"احوال شخصية"جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٧س٣٨ص٢٦٣)

ما أوجبته المادة ٢ ق ٧١ لسنة ١٩٤٦ من شكل خاص للوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ . شرط لسماع الدعوى بها عند الانكار وليس ركنا فيها ولا صلة له بانعقادها .

(الطعن ٣٥ لسنة ٤٧ق"احوال شخصية" جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٨٧س٣٨ص٣٩٩)

الحكم بعدم سماع الدعوى او بعدم قبولها او برفضها بحالتها . اثره. استنفاد المحكمة ولايتها فيها . الغاؤه من محكمة الدرجة الثانية . عدم جواز اعادتها الى محكمة الدرجة الاولى . وجوب الفصل فى موضوعها .

(الطعن ١٨٥ لسنة ٥٦ق "احوال شخصية" جلسة ٥ / ١٢ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

مدة الخمس عشرة سنه المقررة لسماع الدعوى . م ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ماهيتها .

(الطعن ١٠٤ لسنة ٥٩ ق "احوال شخصية" جلسة ٥/٢/١٩٩١ لم ينشر بعد)

سماع دعوى التطليق . شرطه . انتماء الزوجان الى طائفتين تدينان بالطلاق . م ٩٩/٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ثبوت ان المطعون ضدها من طائفة الأقباط الكاثوليك . القضاء بعدم سماع الدعوى . لا خطأ . انضمام الطاعن قبل رفع الدعوى الى مذهب الأرثوذكس . لا أثر له .

(الطعن ١٣٨ لسنة ٥٨ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٦/٣/١٩٩١ لم ينشر بعد)

المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ الا اذا كانت ثابته بوثيقة رسمية . م ٩٩/٤ مرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ . اقتصاره على دعوى الزوجية . طرق دعوى النسب عنه ولو كان من هذه الزيجة غير الثابته .

(الطعن ٦١ لسنة ٥٨ ق "احوال شخصية" جلسة ١١/٦/١٩٩١ لم ينشر بعد)

مفاد نص المادة ٩٩/٤ من القانون .... أن دعوى الزوجية لا تسمع عند الإنكار بعد آخر يوليو لسنة ١٩٣١ إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها سواء كانت دعوى الزواج مجردة أو ضمن حق آخر بإستثناء دعوى النسب ، وأنه لورود النص عاما موجها الخطاب فيه للكافة فإن المنع يسرى على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر كما يسرى على الدعاوى التى يقيمها ورثة ايهما على الآخر أو ورثته ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم الإبتدائى للأسباب التى أقيم عليها - الى جانب ما أورده من أسباب وكان

الحكم الإبتدائى قد رد على الدفع بعدم سماع الدعوى بقوله « أن المدعى عليها قد أقرت فى صحيفة دعواها بأن المدعى عليه قد تزوج بالمتوفاه زواجا كنسيا مما يعد إقراراً منها بقيام الزوجية » وهذه أسباب سائغة تكفى لحمل قضاء الحكم فى هذا الخصوص ،وكان تقدير انكار الخصم للزوجية المدعاه من عدمه من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع فلا يجوز إثارته أمام محكمة النقض ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

(الطعن ٨٩ لسنة ٦٢ق "احوال شخصية" جلسة ٨/ ١ /١٩٩٦ لم ينشر بعد)

الباب الخامس

الدفع ببلوغ الصغير سن الحضانه

يجرى نص المادة ٢٠ من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على النحو التالى: [١]

« ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين ان مصلحتها تقتضى ذلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

واذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا ، نظمها القاضى على ان تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ، ولكن اذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا الى من يليه من اصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

---

(١) معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

الأم ، فأم الأم وان علت ، فأم الأب وان علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم، فالإخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فاذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق فى الحضانة الى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الارث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

فاذا لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضانة الى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :

الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ثم الخال الشقيق . فالخال لأب ، فالخال لأم » .

والحضانه تعنى ضم الصغير الى من يعنى بتربيته أو هى ولاية تربية الطفل فى المده التى لا يستغنى فيها عن تربية النساء والدفع ببلوغ الصغير سن الحضانه هو دفع بعدم القبول ويجوز إبداؤه فى أية حاله تكون عليها الدعوى .

وسن الحضانه الوارد فى المادة يحسب بالتقويم الهجرى وليس بالتقويم الميلادى . فإذا ما أقيمت دعوى من الحاضنه إبتغاء ضم صغيرها فإن للزوج إذا ما بلغ صغيره سن الحضانه ان يدفع بعدم قبول الدعوى .

وقد حدد القانون فى المادة ٢٠ :

انه ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشر سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين ان مصلحتها تقتضى ذلك .

أما اذا لم تتعين على هذا النحو فان وجد غيرها ومن تتوفر فيه شروط الحضانة فانه يكون عندها لان فيه رعاية لمصلحة المحضون اذ سوف يكون فى حضانة من هو أهل لها .

ومما يترتب على القول بان الحضانة حق للحاضن والمحضون ان الحاضنة اذا تنازلت عن حقها ورضى من يليها فى استحقاق الحضانة بالحضانة ثم عن لها بعد ذلك ، أن تطالب بها فلها ذلك وتجاب الى طلبها ولو كان قد سبق حكم باسقاط الحضانة الى غيرها مادامت اهلا لها لانه اذا بطل حقها فى استحقاق الحضانة بتنازلها يبقى حق الولد فى أن تحضنه من هى أقرب اليه ويكون ابطالها حقها من قبيل التزام مالا يلزم ولها حق الرجوع فيه على أنها لا تملك هذا التنازل لان كون الولد فى يدها لم يقصد به مصلحتها الذاتية وانما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شئ لا تملكه يعتبر ضربا من اللغو .

مدى دستورية المادة ٢٠ :

إغفال عرض القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل قانون الأحوال الشخصية على مجلس الشورى لايشكل مخالفة لأحكام الدستور .

نص الفقرة الأولى من المادة / ٢٠ الخاص بحق الحضانة ونص م/١٨ مكرراً المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص بنفقة المتعة لايشكلان مخالفة لأحكام الدستور .

وحيث إن النعى بمخالفة الفقرة الأولى من المادة ٢٠ - المشار اليها - للدستور غير سديد ، ذلك أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعى ان يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، فهذه الأحكام وحدها هى التى لا يجوز الإجتهاد فيها ، وهى تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً ، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها ، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها بما يحول دون اقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإهداراً لما علم من الدين بالضرورة . وعلى خلاف هذا ، الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً ، ذلك أن دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد الى سواها ، وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد لما يكفل مصالحهم والمعتبرة شرعاً ، ولابد ان يكون هذا الإجتهاد واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجوزها ، مقيماً الأحكام العملية بالإعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية غايتها الإهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته . والأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة

- التى لها الحق فى تربيته شرعاً - إلى جناحها بإعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن انتزاعه منها - وهى اشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لايستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به الى غير مؤمن يأكل من نفقته ، ويطعمه نزراً ، أو ينظر اليه شزراً . وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفاً بأبعادها ، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية - القطعية فى ثبوتها ودلالتها لا تقيم لسن الحضانة تخوماً لا يجوز تجاوزها ، انطلاقاً من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها ، وإن تطرق الخلل اليها - ولو فى بعض جوانبها - مدعاة لضياع الولد ، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على مصلحته ، ودفع المضرة عنه ، بإعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون ، وأن رعايته مقدمه على أية مصلحة لغيره ، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمخض عن حق للصغير وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ويعهد اليها بأمره . ولولى الأمر ان يقدر مايراه خيراً للصغير وأصلح له ، لمراعاة أن حقه فى الحضانة لا يعتبر متوقفاً على طلبها ممن له الحق فيها وأن ما يصون استقراره النفسى ويحول دون إيذائه ، ويكفل تقويمه من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة فيها ، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة اليها .

وكان الأصل فى حضانة الصغير والصغيرة - على ما تقدم - هو تعهدهما بالرعاية بما يحول دون الإضرار بهما ، تعين ألا تكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ فى اعتبارها تغير الزمان والمكان ، أو تغفل فى مجال تطبيقها ما يقتضيه التمييز فى نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر الى طبيعة كل منهما ، وخصائص تكوينه ودرجة احتياجه الى من يقوم على تربيته وتقويمه ، وما تتطلبه الذكورة والأنوثة منتمية ملكاتهما ، وفى ذلك قدر من المرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور ، توخيا لربطها بمصالح الناس

واحتياجاتهم المتجددة ، وأعرافهم المتغيرة ، التى لا تصادم حكماً قطعياً ، وهى مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد بإجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها ، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومنابتها ، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الإجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول الى حكم فيما لانص عليه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها ولئن صح القول بأن أهمية الإجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطر ودقته ، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الإجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية ، وهو ما نحاه النص التشريعى المطعون فيه ، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التى حددها - وهى عشر سنين للصغير وأثنتا عشرة سنة للصغيرة - لا تعدو أن تكون تقريرا لأحكام عملية فى دائرة الإجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية ، إذ ليس ثمة نص قطعي فيها - فى ثبوته ودلالته يقرر للحضانة سنا لا يجوز لولى الأمر أن يتخطاها ، وإنما مرد الأمر فى تعيينها الى ما يترخص ولى الأمر فى تقديره مقيداً فى ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وادعى لتحقيقها ، وبما يحول دون إعناته ، وهو فى ذلك لا يصدر عن نظرة تحكمية ، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها ان مصلحة المحضون لازمها عدم ترويعه بإنتزاعه من حاضنته ، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره ، وأن وجود الوالد - ذكرا كان أو أنثى - فى يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة ، أو بعد بلوغها - حين يقرر القاضى أن المصلحة تقتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج - لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما وكان النص المطعون عليه قد تناول أموراً تنظيمية ، وتقرر لمصلحة مشروعة يستجلبها ، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونه بذهابهم الى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلاً غير زمن ، وإن أمد الحضانة للصغيرة حتى

يدخل بها زوجها ، وكان النص التشريعى المطعون عليه قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية ، غير مناقض لمقوماتها الأساسية ، واقعاً فى نطاق توجهاتها العامة التى تحض على الإجتهاد فى غير أحكامها القطعية فى ثبوتها ودلالتها . إذ كان ذلك ، فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان ما قررته المادة (١٨ مكرراً ثالثا) - التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من الزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلاً مناسباً ، إنما يدور وجودا وعدما مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (٢٠) المطعون عليها ، فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية اعمالا للمادة (١٨ مكرراً ثالثاً) المشار اليها يعتبر منقضياً ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة . متى كان ذلك ، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد « ....» - ابن المدعى من مطلقته - وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - انه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية ، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها ، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام التى تضمنتها المادة ١٨ مكرراً ثالثاً آنفة البيان .

(الحكم فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ق دستورية - جلسة ١٩٩٣/٣/١٥)

قضاء النقض :

الحكم نهائيا برفض طلب ضم الصغيرة لوالدها لحاجتها الى خدمة النساء . مخالفة الحكم المطعون فيه لحجية ذلك الحكم رغم

عدم تغير الظروف . جواز الطعن فيه بطريق النقض ولو كان صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية .

اذ كان يبين من الحكم السابق ان المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة اليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها استغنت عن خدمة النساء فقضى الحكم برفض الدعوى استنادا الى أنه ثبت من الكشوف الطبية ان الصغيرة مصابة بمرض التبول اللاإرادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه الى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم ، وانما استند الى مجرد اهدار الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه دون ان تتغير الدواعى والظروف التى أدت الى اصداره ، فانه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة الأمر المقضى ، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات .

(نقض الطعن ٦٩ لسنة ٤٩ ق « أحوال شخصية » جلسة ٣٠ / ٤ / ١٩٨٠ س ٣١ مج فنى مدنى ص ١٢٦٩)

نص القانون المدنى فى المادة ١٣ منه على أن « يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التى يرتبها عقد الزواج ..... » الا انه استثنى من ذلك حالة ما اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فنص فى المادة ١٤ منه على سريان القانون المصرى وحده فى هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية للزواج مما مفاده ان الحضانة باعتبارها من الاثار المترتبة على الزواج يسرى عليها القانون المصرى وحده اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاده .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

الحضانة كأثر للزواج . سريان القانون المصرى وحده عليها ، اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاده ، م ١٤ مدنى .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

حضانة النساء للصغير تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشر سنة . للقاضى ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر ، اذا تبين ان مصلحتهما تقتضى ذلك . مادة ٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط من شروط صلاحيتها للحضانة يخضع لتقدير القاضى . فله ان يبقى الصغير فى يدها اذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار بارتكاب أخفها .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الاسلام واباء الزوج الدخول فيه - خضوعه للشريعة الاسلامية باعتبارها القانون العام فى مسائل الأحوال الشخصية . م ١٠ مدنى . اعتبار التفريق لهذا السبب طلاقا وليس بطلانا للزواج يعود الى بداية العقد (مثال فى حضانة) .

إذ كان المرجع فى تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الإسلام وإباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المصرى العام فى مسائل الأحوال الشخصية وذلك وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى ، وهذا التفريق - وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة -

يعتبر طلاقا وليس بطلانا للزواج يعود الى بداية العقد وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه :

« إذا حكم بالطلاق حال حياة الزوجين فإن حضانة الطفل تكون لمدعى الطلاق إذا لم ينسب اليه خطأ ما » وإذ كان الثابت بالأوراق ان المطعون عليها بعد أن اعتنقت الإسلام أقامت الدعوى رقم .... كلى أحوال شخصية أجانب الاسكندرية ضد الطاعن للحكم بالتفريق بينهما بسبب إبائه الإسلام وقضى لها بالتفريق أى بالطلاق ولم يكن فى جانبها أى خطأ فإن حضانة ابنها من الطاعن تكون لها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى المشار اليها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بحقه فى حضانة الابن على قوله : « ..... » فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن ٧٦لسنة٥٣ق«أحوال شخصية» جلسة٢٧ / ١ / ١٩٨٧س٣٨ص١٧٣)

الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق .ماهيتها . سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة إثنتى عشرة سنة . إذن القاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن ٨٦لسنة٥٦ق«أحوال شخصية» جلسة٢٨ / ٣ / ١٩٨٩ س٤٠ص٨٩١)

طلب ضم الصغير لبلوغه السن الذى يستغنى فيه عن خدمة النساء . الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . طلب جديد . إختلافه فى الموضوع عن طلب الضم المؤقت المنصوص عليه بالفقرة الثالثة من ذات المادة . أثر ذلك .

عدم قبول هذا الطلب أمام محكمة الإستئناف . م ٣٢١ من مرسوم بق ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(الطعن ٢١٥ لسنة ٦٣ ق« أحوال شخصية »جلسة ١٧ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الحضانة التى تخول الحاضنه مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق . ماهيتها . سقوط ذلك الحق ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشره سنه . أثره . شرطه . الإذن بإبقاء المحضون فى يد من كانت تحضنه . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن ٢٩٦ لسنة ٦٤ ق« أحوال شخصية »جلسة ١٣ / ١١ / ١٩٩٥ لم ينشر بعد)

(الطعن ٢٣٢ لسنة ٦٢ ق« أحوال شخصية »جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

الباب السادس

الدفع بأن الضرر وقع على الغير

ولم يقع على الزوجه

يجرى نص المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى:

« اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لها ان تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما.

فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ،١١ ».

والبين من هذه المادة أنها تجيز الطلاق إذا ما وقع إضرارا من الزوج على زوجته ، وعلى هذا إذا ما أقامت الزوجة دعواها بطلب التطليق للضرر . فإن عليها أن تثبت أن زوجها قد ألحق بها هى ضرر لا بغيرها وأن للزوج أن يدفع الدعوى بأن الضرر لم يلحق بالزوجة .

وعرضت محكمة النقض في العديد من أحكامها لبيان ماهية الضرر وصوره ومن ذلك ماقضت به :

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ انه كى يحكم القاضى بالتطليق للضرر لابد من توافر أمرين : الأول أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة ، والثانى أن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما .

والضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها . بمعنى أن معيار الضرر هنا شخصى وليس مادياً .

(الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/١٢)

اضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة - شرطه - العنة النفسية - عدم اعتبارها اضرارا فى معنى المادة ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الاضرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده سواء كان ضرراً ايجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضرراً سلبياً يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو اليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ « الاضرار » لا الضرر ، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق اذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التى تتمخض كلها فى أن للزوج مدخلاً فيها وإرادة متحكمة فى اتخاذها . والعنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الاضرار فى معنى المادة السادسة سالفة الاشارة لان الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هى تحصل رغماً عنه وبغير ارادته .

(الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

اتيان الزوج زوجته فى غير موضع الحرث - ضرر لا تستقيم به الحياة الزوجية - وجوب التفريق عند ثبوته - م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

اتيان الزوج زوجته فى غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية ويوجب التفريق عند ثبوته فى معنى المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وهذا الفعل ينطوى على اضرار المطعون عليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٥ ق - جلسة ٣/١١/١٩٧٦س ٢٧ ص ١٥١٦)

طلب الزوج التطليق للضرر - ماهية الضرر - إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل - التشهير بارتكاب الزوجة أحدى الجرائم - اعتباره اضرارا بها.

يشترط للحكم بالتطليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة ، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما ، ولما كان الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل ويدخل فى ذلك التشهير بارتكاب احدى الجرائم ، وكان البين ان محكمة الموضوع ذهبت الى أن الطاعن تسرع فى التبليغ ضد المطعون عليها بمقارفة جريمة الاجهاض وانه لم يثبت من التحقيقات التى أجريت انها كانت حاملاً وتخلصت من حملها ، وأن تقرير مفتش الصحة لا يفيد الجزم بحدوث اجهاض لما قرره من أن الظواهر التى أسفر عنها الكشف توجد فى سائر السيدات اللاتى سبق لهن الولادة ، وأنه لم ينتج عن هذا التبليغ أية معفيات واستخلص من ذلك أن الطاعن كان يستهدف الاضرار بالمطعون عليها بحيث لا تدوم العشرة بينهما وكان لهذا القول مأخذه من الأوراق ، فان هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة . ويكون النعى على الحكم على غير أساس .

(الطعن رقم ٤ لسنة ٤٥ ق - جلسة ٢٤/١١/١٩٧٦ س ٢٧ص ١٦٣٦)

متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض أقوال شهود الطرفين وقطع فى اطمئنانه الى أقوال شاهدى المطعون عليها دون أقوال شاهدى الطاعن وأبان أن معيار الضرر المنصوص عليه فى المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين معيار شخصى وأن تقدير مداه يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، خاص مما أورده فى مقام التدليل على تحقيق هذا الضرر بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها الى تحقق الضرر المدعى به وعدم امكان استمرار المعاشرة الزوجية بين الطرفين . وكان ما أورده الحكم فى هذا الصدد يكفى لحمل قضائه فانه لا يعيبه استطراده تزيداً فى تقريره احتدام الخلف .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٦/٣/٢٤ س ٢٧ص ٧٧٠)

التطليق للضرر . شرطه . ان تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب ايذاء الزوج بالقول أو الفعل .

المقصود بالضرر فى هذا المجال هو ايذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل ايذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها وكانت المطعون ضدها قد أقامت دعواها بالتطليق استنادا الى أن الطاعن أضر بها مما مفاده أنها اتخذت من حكم المادة المشار اليها اساسا لدعواها وجعلت من الاضرار سببا لطلب التفريق بينهما فيكون لها والحال كذلك ان تستند الى جميع صور سوء المعاملة التى تلقاها من الطاعن ولو لم تكن قد عددتها فى صحيفة الدعوى ومن ثم فان شهادة شاهديها المتضمنة ان الطاعن قد اعتدى عليها بالضرب - والذى لا مراء فى أنه من أبلغ صور الضرر الموجب للتطليق تكون موافقة للدعوى ويكون النعى فى هذا الصدد على غير أساس . ولما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الشارع وان استمد حكم التطليق للضرر المنصوص عليه فى المادة السالفة الذكر من مذهب الامام مالك الا انه لم يحل اليه بشأن

التدليل على قيام الضرر ومن ثم وجب الرجوع فى هذا الخصوص الى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى توجب ان تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين .

(الطعن ١٩ لسنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٨١ س ٣٢ ص ١٨٣٤)

طلب الزوجة التطليق للضرر . تحقق الضرر بالإيذاء المتعمد بالقول أو الفعل أو هجر الزوج زوجته .

(الطعن ١٥ لسنة ٤٧ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢ / ٤ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ١٠٠٩)

الضرر الموجب للتفريق وفقاً للمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما . استقلال محكمة الموضوع بتقديره .

(الطعن ٢٣ لسنة ٥٧ ق « أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٨ س ٣٩ ص ١٠٧٧)

معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شخصى . تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً . أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شخصى لا مادى وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى يحيطهما .

(الطعن ٢٣ لسنة ٥٧ ق « أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٨ س ٣٩ ص ١٠٧٧)

التطليق للضرر . شرطه . ان تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ولو مرة واحدة . عدم اشتراط تكرار ايقاع الأذى . استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر .

(الطعن٤٤لسنة٥٧ق« أحوال شخصية»جلسة٢٢ / ١١ / ١٩٨٨ لم ينشر بعد)

التطليق للضرر . شرطه . المقصود بالضرر إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ولا ترى الصبر عليه . معيار الضرر شخصى . إستقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصره .

يدل نص المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما ، ويقصد بالضرر فى هذا المجال إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فى العرف معاملة شاذه ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، ومعيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو معيار شخصى لا مادى - يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور فى المجتمع ، ومحكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر دون رقابة عليها من محكمة النقض مادامت استدلت على ذلك بأدلة سائغة .

(الطعن٩٦لسنة٥٦ق « أحوال شخصية» جلسة٢٤ / ١ / ١٩٨٩س٤٠ص٢٥٥)

الضرر المبرر للتطليق. ماهيته . استقلال محكمة الموضوع بتقديره . م ٦ من القرار بقانون ٢٥ لسنة١٩٢٩ . دخول التشهير بارتكاب الجرائم فى ذلك .

(الطعن٢٢لسنة٥٩ق« أحوال شخصية» جلسة ٢ / ١١ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

التطليق للضرر طبقاً للمادة ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مناطه . تحقق وقوع الضرر . التفرقة بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها . لا محل له .

(الطعن ٧٩ لسنة ٥٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٣ / ١١ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

الضرر . م ٦ بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . معياره . شخصي . تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا . موضوعي . من سلطة قاضي الموضوع . اختلافه باختلاف بيئة الزوجين .

(الطعن ٩٩ لسنة ٥٩ ق« أحوال شخصية» جلسة ٥ / ٢ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

اباحة حق التبليغ عن الجرائم . لا يتنافى مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلا .

(الطعن ٩٩ لسنة ٥٩ ق« أحوال شخصية» جلسة ٥ / ٢ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

(الطعن ١٣٥ لسنة ٥٩ ق« أحوال شخصية» جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

الضرر الموجب للتفريق . م ٦ بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته . الاتهام بارتكاب جرائم وتعدد الخصومات القضائية . دخولهما فيه . معياره . شخصي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا . موضوعي . خضوعه لتقدير قاضي الموضوع .

(الطعن ١٣٥ لسنة ٥٩ ق« أحوال شخصية» جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

الضرر . موضوعي يقدره القاضي . الجدل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافره . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن ٥ لسنة ٥٩ ق« أحوال شخصية » جلسة ٢ / ٤ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

استخلاص الحكم المطعون فيه - مما له أصله الثابت بالأوراق - أن الطاعن هو المتسبب في تصدع الحياة الزوجية والفرقة بتقسيره في اعداد

مسكن مستقل لسكنى المطعون ضدها لا يشاركها فيه أحد من أهله . سائغ . النعي عليه . جدل موضوعي فى سلطة محكمة الموضوع . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن ٣ لسنة ٥٩ق« أحوال شخصية» جلسة ٧ / ٥ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

وحيث ان هذا النعي مردود ذلك أن من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة أن الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية يعد من صور الضرر التى يتعذر معها دوام العشرة ، وأن إباحة التبليغ عن الجرائم لا يتنافى مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً - وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد أتهم المطعون ضدها بالسرقة فى المحضر رقم .... لسنة ...... جنح الأزبكية فإن الحكم المطعون فيه إذ إتخذ من ذلك دعامة لقضائه بتطليق المطعون ضدها يكون قد أقام قضاءه على ما له أصل ثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه ويكون النعي عليه فى هذا الخصوص على غير أساس .

(الطعن ١٢٨ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧ / ٧ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

وحيث أن هذا النعي فى محله ذلك أن النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ... » يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع اشترط للحكم بالتطليق فى هذه الحالة أن يثبت إضرار الزوج بالزوجة بما لا يستطاع معه دوام العشرة . وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما .

(الطعن ١٠٥ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٨ / ١ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الضرر المبيح للتطليق وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجتــه بالقــول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة شاذه ضاره تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها وأنه يكفى لاكتمال نصاب الشهادة لها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه ولا ترى الصبر عليه والاقامة معه ولا يشترط ان تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء باعتبار انها ليست مقصود الدعوى بل هى تمثل فى مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجه ولا يقره الشرع وهو ما يستقل بتقريره قاضى الموضــوع . لما كان ذلك وكــانت المطعون ضــدها قد أقــامت دعــواها بالتطليق على الطاعن استنادا الى إساءته عشرتها وإيقاع الأذى بها والاعتداء عليها بالسب والضرب وكان الحكم المطعون فيــه قد أقام قـضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما استخلصه من بينتها الشرعية من تعديه عليها بالضــرب بما يتوافر به المضارة الموجبة للتطليق وتتحقق به الموافقة للدعوى ومؤديه الى المضبطة التى استخلصها الحكم ويكون النعى عليه فى هذا الصدد على غير أساس .

(الطعن ٢١١ لسنة ٦٠ق «أحوال شخـصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الضرر المبيح للتطليق وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها.

(الطعن ١١٠ لسنة ٦٠ق «أحوال شخـصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الضرر المبيح للتطليق وفق نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث يعتبر معاملته لها فى العرف معاملة شاذه ضــاره تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها

(الطعن ١٧٦ لسنة ٦٠ق «أحوال شخـصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

القسم الثالث
الدفوع الموضوعية
فى دعاوى الأحوال الشخصية

الباب الأول

الدفع بالتزوير

أولا : الادعاء بالتزوير

يجرى نص المادة ٤٩ من قانون الإثبات على النحو التالى :

(يكون الإدعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب ، وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان باطلاً .

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزويروإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته بها ، وإلا جاز الحكم بسقوط إدعائه) .

الإدعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التى نص عليها القانون لإثبات عدم صحة الأوراق رسمية كانت أو عرفية وتوجد وجوه شبه كثيرة بين إجراءات الإدعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط (أى الإنكار) وكلاهما يراد به الوصول لمعرفة ان كانت الورقة المقدمة فى القضية صحيحة أو غير صحيحة وطرق الإثبات فى كليهما واحدة والنتيجة فى كليهما متماثلة وهى التوصل للحكم بقبول الورقة أو إستبعادها ولكن إجراءات تحقيق الخطوط لاتتناول غير الأوراق العرفية وعبء الإثبات فيها واقع على المتمسك بالورقة لا على الذى ينازع فى صحتها ، بينما الإدعاء بالتزوير يرد على الأوراق الرسمية والعرفية على السواء وعبء إثبات عدم صحة الورقة يقع علي من يدعى ذلك لا على المتمسك بالورقة غير ان هناك من الاوراق العرفية مالايكفى الانكار لهدم قوتها فى الاثبات وانما يتعين الادعاء فيها بالتزوير وهى : [1]

---

(١) راجع فى هذا التعليق على قانون الاثبات المستشار الدناصورى والاستاذ حامد عكاز.

١ ـ الاوراق العرفية المصدق على التوقيع عليها من مكاتب التوثيق اذا ادعى من تشهد عليه الورقة ان التوقيع الوارد عليها ليس توقيعه أو توقيع سلفه .

٢ ـ الاوراق العرفية المعترف بالتوقيع عليها أو التى حكم بصحة التوقيع عليها اذا ادعى من يحتج عليه بها حصول تغيير مادى فى صلبها بالمحو أو الزيادة .

٣ ـ الاوراق الموقع عليها بختم اذا ثبتت صحة البصمة من الادلة التى قدمها المتمسك بالورقة أو اذا أقر المنسوب صدور الورقة منه بصحة البصمة ولكنه أنكر حصول التوقيع .

٤ ـ المحررات العرفية التى يناقش الخصم موضوعها طبقا لما نصت عليه المادة ١٤ / ٣ من هذا القانون .

٥ ـ اذا كان قد قضى من المحكمة الجنائية ببراءة المتهم لانتفاء التزوير أو لعدم كفاية أدلة التزوير فلا يقبل الادعاء بالتزوير أمام المحكمة المدنية وذلك عملا بالمادة ١٠٢ اثبات التى تنص على تقيد القاضى المدنى بحجية الحكم الجنائى أما اذا حكم بالبراءة لانتفاء القصد الجنائى فان ذلك لايمنع من الادعاء بالتزوير أمام المحكمة المدنية لان الحكم الجنائى ليس له حجية بصحة الورقة فى هذه الحالة .

ولايملك الادعاء بالتزوير غير طرفى الخصومة الممثلين فى الدعوى أو خلفائهم أى ممن كان طرفا فى الورقة بنفسه أو بمن يمثله قانونا ويملك الخصم الطعن بالتزوير فى الورقة ولو كان هو الذى قدمها اذا تبين له بعد ذلك العبث بها ولايقبل من الخارجين عن الخصومة التدخل قصد ا للطعن بالتزوير فى ورقة مقدمة فى القضية وكل مالهم ان يرفعوا دعوى التزوير الاصلية

وطبقا للفقرة الاولى من المادة فانه يجب ان يحدد فى تقرير الادعاء بالتزوير كل مواضع التزوير المدعى بها فاذا كان التزوير ماديا وجب على الطاعن ان يبين موضع التزوير فى الورقة المطعون فيها وما اذا كان فى صلب المحرر أو فى التوقيع فاذا كان فى صلب المحرر وجب ان يبين ما اذا كان التزوير بالاضافة أو الكشط أو التحشير وان كان فى الامضاء فيكفى ان يقرر الطاعن ان الامضاء المنسوب اليه على المحرر ليس امضاءه وانها لم تصدر منه وان كان الادعاء بالتزوير فى ختم منسوب الى الطاعن وجب ان يبين ما اذا كان هذا الختم اصطنع تقليد الختم صحيح أم كان ختما صحيحا استعمل بغير علم صاحبه ورضاه أما اذا كان التزوير معنويا فيجب ان يبين ما اذا كان التزوير قد حصل بتغيير اقرار أولى الشأن أو بجعل واقعة غير صحيحة فى صورة واقعة معترف بها أو بانتحال شخصية الغير أو استبدال الاشخاص.

ونعرض لأحكام القضاء بشأن تقرير الادعاء بالتزوير :

ان المشرع نظم فى المواد ٢٨١ الى ٢٩٠ من قانون المرافعات طريق الادعاء بالتزوير وأوجب فى المادة ٢٨١ ان يقدم الادعاء بالتزوير بتقرير فى قلم الكتاب ، واذ كان الثابت ان الطاعن لم يسلك هذا السبيل الذى رسمه القانون ، فان من حق محكمة الموضوع ان تعتبر العقد صحيحا مادامت لم تر من ظروف الدعوى وفقا للمادة ٢٩٠ من قانون المرافعات انه مزور .

(نقض جلسة ٢٣/٤/١٩٧٠ طعن رقم ١٩س٣٦ق)

متى كان يبين من اعلان تقرير الطعن ان المحضر أثبت انتقاله الى محل اقامة المطعون عليه الاول ، وأعلنه ـ بسبب غيابه وقت الاعلان ـ فى مواجهة شقيقته المقيمة معه ، والتى وقعت باستلام الصورة ، وكان المطعون

عليه الاول لم يطعن على هذا الذى اثبته المحضر بالتزوير ، فان الدفع بسقوط الحق فى الطعن - بمقولة عدم اعلان تقرير الطعن فى الميعاد ، وان ماجاء بورقة الاعلان مزور - يكون على غير اساس .

(نقض جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٧٢ طعن ١٦٢ س ٣٦ ق)

اذا أوجبت المادة ٢٨١ من قانون المرافعات السابق على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلا فانها تكون قد جعلت تقرير الطعن بالتزوير وحده هو المعول عليه فى تحديد مواضع التزوير فلا يجوز لمدعى التزوير ان يضيف فى مذكرته شواهد التزوير أو فى دفاعه امام المحكمة مواضع اخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير ، لان ذلك منه يكن ادعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير فى قلم الكتاب .

(نقض جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٧٤ طعن ١٥٢ س ٣٨ ق)

اذا أوجبت المادة ٢٨١ من قانون المرافعات السابق على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلا ، وكان يبين من تقرير الادعاء بالتزوير أن مدعى التزوير قد حدد هذا التقرير موضع التزوير فى الاقرار المدعى بتزويره بان مورثه اعتاد التوقيع بالامضاء لا بالختم ، فان المحكمة الابتدائية لاتكون قد أخطأت اذ قصرت بحث الادعاء بالتزوير على عدم توقيع المورث بختمه على ذلك الاقرار .

(نقض جلسة ٩ / ٤ / ١٩٧٤ طعن ١٢١ س ٣٩ ق)

يتعين علىَ الخصم ان يبدى دفاعه فى الخصومة الموجهة اليه بكافة ماأشتملت عليه من طلبات حتى ولوتعارضت بعضها مع البعض الآخر ، وان يتمسك بطلباته ودفاعه بصفة صريحة وجازمة . واذ كان الثابت من أوراق الدعوى ان الطاعن قد المح فى دفاعه الى الاحتفاظ بحقه فى الطعن بالتزوير في السند الاذنى موضوع الدعوى ، وفى الاخطار المرسل للجمعية التعاونية الزراعية ، دون ان يتخذ فى ذلك أى اجراء ، فان الحكم المطعون فيه اذ فصل فى الدعوى ، ورد على دفاع الطاعن بقوله ان عدم قيام المستأنف ـ الطاعن ـ بالطعن على المسجل البريدى والسند الاذنى محل التداعى بالتزوير رغم مرور أمد طويل على التقاضى ، سواء أمام محكمة أول درجة او أمام هذه المحكمة ، دون ان يتخذ طريق الطعن بالتزوير الذى لوح به ، يؤكد عدم جدية ذلك الادعاء الامر الذى ترى معه المحكمة الالتفات عنه ، فانه لايكون مشوبا بما يبطله .

(نقـــــض جلســــــــــــــة٢٩/٥/١٩٧٥ طعن ٣٦٢ س٤١ق)

الادعاء بالتزوير هو مجموع الاجراءات التى نص عليها القانون لاثبات عدم صحة الاوراق ، وهو بهذه المثابة لايعدو ان يكون وسيلة دفاع ينصب على مستندات الدعوى يقصد به مقدمه اجتناء منفعة ومصلحة فى رد دعوى الخصم ودفعها ، واذ كانت المادة ٤٩ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وان اباحته فى أية حالة تكون عليها الدعوى الا انها أوجبت ان يكون بتقرير فى قلم الكتاب مشتملا على تحديد كل مواضع التزوير المدعى به والا كان باطلا كما أوجبت على مدعيه اعلان خصمه فى ثمانية الايام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التى يطلب اثباتها بها والا جاز الحكم بسقوط ادعائه مما مفاده ان من حق مدعى التزوير اللجوء اليه دون حاجة الى تصريح من المحكمة وانه لايعتبر

ادعاء بالتزوير فى معنى هذه المادة مالم يتبع الطريق الذى رسمه القانون لايؤثر فى ذلك ان المحكمة تملك بالرخصة المخولة لها بالمادة ٥٨ من قانون الاثبات ان تحكم برد أية ورقة وبطلانها اذا ظهر بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى انها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير . لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى ان الطاعن برغم اشارته امام محكمة اول درجة الى تزوير وثيقة الزواج ـ فانه لم يسلك السبيل الذى حدده القانون للادعاء بالتزوير سواء على عقد زواجه الموثق أو محضر الجلسة المنوه عنه بسبب النعى ، فاذا كانت المحكمة لم تر مايبرر استعمال الرخصة المخولة لها فى القضاء برد وبطلان هذين المحررين ، ولم تجد فيما لوح به الطاعن من رغبة فى اتخاذ اجراءات الادعاء بالتزوير فيهما مما يسوغ الاستجابة لطلبه ـ بتمكينه من الادعاء بالتزوير ـ مقررة انه لم يقصد بذلك سوى اطالة امد النزاع واللدد فى الخصومة فانها لاتكون قد أخلت بحقه فى الدفاع .

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١١ طعن ٣٥ س ٤٥ ق)

اذ كان الطاعنان لم يسلكا السبيل الذى رسمه القانون فى المواد من ٤٩ الى ٥١ من قانون الاثبات للادعاء بالتزوير ، ولم يحددا فى مذكرتهما المقدمة لمحكمة الموضوع مواضع وكنه العبارات التى أضيفت ، حتى يتبين مدى انتاجيتها وتعلقها بالنزاع المعروض ، فان من حق محكمة الموضوع الالتفات عما اثاره من تزوير العقد وتعتبره صحيحا مادامت لم تر من ظروف الدعوى وفقا للمادة ٢٨ من قانون الاثبات مايشير الى تزويره .

(نقض جلسة ١٩٧٩/٥/٢ طعن ٦٤٣ س ٤٨ ق)

نطاق تقرير الأدعاء بالتزوير :

تقرير مدعى التزوير ان التوقيع الموقع به على المحرر المنسوب اليه ليس بخطه. كفاية ذلك للابانة عن موضع التزوير المدعى به.

اذا كان مدعى التزوير حين طعن بالتزوير على المحرر قرر بقلم الكتاب ان الإمضاء الموقع به على هذا المحرر والمنسوب اليه ليس بخطه فان فى ذلك مايكفى للابانة عن موضع التزوير المدعى به من المحرر ويكون تقرير الطعن على هذه الصورة محددا به موضع التزوير المدعى.

(نقــــض جلســــــــــة ٢٢/١٠/١٩٦٤ طعن ٣٧٢ س٢٩ق)

وجوب تحديد مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير والا كان التقرير باطلا . ليس لمدعى التزوير ان يضيف الى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه امام المحكمة مواضع اخرى للتزوير غير التى حددها فى التقرير.

ان المادة ٢٨١ من قانون المرافعات أوجبت على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلا والمعول عليه فى مواضع التزوير هو تقرير الطعن بالتزوير ولايجوز لمدعى التزوير ان يضيف فى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه امام المحكمة مواضع اخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير لان ذلك منه يكون ادعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون هو طريق التقرير به فى قلم الكتاب .

(نقــــض جلســــــــــة ٣٠/٥/١٩٦٨ طعن ٤٢٧ س٣٤ق)

وجوب بيان كل مواضع التزوير فى تقرير الادعاء بالتزوير . عدم جواز اضافة مواضع أخرى فى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاع الطاعن امام المحكمة .

اذ أوجبت المادة ٢٨١ من قانون المرافعات السابق على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلا فانها تكون قد جعلت تقرير الطعن بالتزوير وحده هو المعول عليه فى تحديد مواضع التزوير فلا يجوز لمدعى التزوير ان يضيف فى مذكرته شواهد التزوير أو فى دفاعه امام المحكمة مواضع اخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير ، لان ذلك منه يكن ادعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير فى قلم الكتاب .

(نقض جلسة ٢٧/١/١٩٧٤ طعن ١٥٢ س٣٨ق)

تحديد موضع التزوير فى تقرير الادعاء به بان المورث اعتاد التوقيع بالامضاء لاباالختم . قصر البحث على عدم توقيع المورث بختمه على المحرر المدعى بتزويره .لاخطأ.

اذا أوجبت المادة ٢٨١ من قانون المرافعات السابق على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلا ، وكان يبين من تقرير الادعاء بالتزوير ان مدعى التزوير قد حدد فى هذا التقرير موضع التزوير فى الاقرار المدعى بتزويره بان مورثه اعتاد التوقيع بالامضاء لا بالختم ، فان المحكمة الابتدائية لاتكون قد أخطأت اذ قصرت بحث الادعاء بالتزوير على عدم توقيع المورث بختمه على ذلك الاقرار .

(نقض جلسة ٩/٤/١٩٧٤ طعن ١٢١ س٣٩ق)

المعول عليه فى تحديد مواضع التزوير هو تقرير الادعاء به . عدم جواز اضافة مواضع أخرى فى مذكرة شواهد التنزوير أو فى دفاع مدعى التزوير امام المحكمة . علة ذلك .

ان المعول عليه فى تحديد مواضع التزوير ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ هو تقرير الادعاء بالتزوير ولايجوز لمدعى التزوير ان يضيف فى مذكرة شواهد التزوير ، أو فى دفاعه امام المحكمة مواضع اخرى غير التى حددها فى ذلك التقرير ، لان ذلك منه يكون ادعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير به فى قلم الكتاب .

(نقض جلسة ٩/٤/١٩٧٤ طعن ١٢١ س ٣٩ ق)

الادعاء بالتزوير . عدم جواز اضافة مدعى التزوير الى دفاعه امام المحكمة او فى مذكرة الشواهد ادعاء بتزوير محرر آخر أو اضافة مواضع اخرى للتزوير فى ذات المحرر لم ترد بتقرير الطعن بالتزوير .

مؤدى نص المادة ٤٩ من قانون الاثبات ان المشرع قد رسم طريقا للادعاء بتزويرالمحررات هوطريق التقرير به فى قلم الكتاب وجعل تقريرالطعن بالتزويرهووحده المعول عليه فى بيان المحررات المدعى بتزويرها وفى تحديد مواضع التزوير بها، ومن ثم لايجوز لمدعى التزوير ان يضيف الى دفاعه امام المحكمة أوفى مذكرة شواهد التزوير الادعاء بتزويرمحرر آخر لم يشمله تقرير الطعن أو اضافةمواضع اخرى فى المحرر المدعى بتزويره غير تلك التى حددها فى التقرير لان ذلك منه يكن ادعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير فى قلم الكتاب.

(نقض جلسة ٤/٢/١٩٨٠ طعن ١٠٤٠ س٤٧ق)

الإدعاء بالتزوير بوجه عام :

إن القانون ، إذ نص بالمادة ٢٨٢ من قانون المرافعات على ألا تقبل المحكمة من الأدلة فى دعوى التزوير الا ما يكون متعلقاً بها وجائز القبول بالنظر لاثباتها وبالنظر لما يترتب على الثبوت بالنسبة للحكم في الدعوى الأصلية ، فإنه لم يرسم طريقاً لبيان ما يكون من الأدلة متعلقاً بدعوى التزوير وجائز القبول وما لا يكون كذلك ، وإنما ترك تقدير هذا الأمر لقاضى الموضوع يفصل فيه بحسب ما يراه غير خاضع فى تقديره لرقابة محكمة النقض مادام تقديرة مبنياً على أسانيد مقبولة عقلاً ..

كذلك لم يقيد القانون قاضى الموضوع فى كيفية فحص تلك الأدلة بل لقد أطلق له الحرية فى ذلك فله فى سبيل إستظهار الرأى الذى يطمئن إليه أن يفحص كل دليل على حدة أو أن يفحص الأدلة جملة واحدة .

(الطعن رقم ٩٥ لسنة ٥ ق - جلسة ٩/ ٤/ ١٩٣٦)[1]

لاتقبل دعوى التزوير الفرعية وتبحث أدلتها إلا بعد أن تقف المحكمة على ما يكون للإدعاء بالتزوير من أثر فى الدعوى الأصلية ، فإذا وجدته منتجاً قبلت الدعوى والا قضت بعدم قبولها . فإذا طعن أحد خصوم الدعوى بالتزوير فى ورقة ليس له توقيع عليها ولاحجية لها قبله بالنسبة لمن قدمها وعلى الأخص إذا كان هذا قول صرح بأنه لم يقدم هذه الورقة إلا لتكون له الحجة بها على ورثة ضامنه الذى صدرت منه والذين أقروا بصدورها من مورثهم وبتوقيعها ببصمة ختمه ، كانت دعواه بالتزوير غير مقبولة . ففى دعوى رفعها أخ على أخية يطالبه بتجمد ريع أطيانه التى بقيت تحت يده من تاريخ إقتسامهما تركة مورثهما إذا دفع المدعى عليه بأنه انما وضع يده بطريق الإستجار من آخر كان يتقاضى منه الأجرة سنوياً حتى

(١) راجع فى هذا الموسوعة الذهبية المرجع السابق ج١ ص١١٤ وما بعدها .

توفى ، وقدم تأييداً لذلك عقد تأجير له منسوباً صدوره إلى المؤجر الذى سماه وموقعاً عليه من الطرفين يفيد أن هذه الأطيان مؤجرة إلى هذا المؤجر من مالكها وهو المدعى . كما قدم إيصالات موقعاً عليها ختم المؤجر المذكور تفيد قيامه بدفع الإيجار السنوى المتفق عليه . ثم طعن المدعى بالتزوير فى العقد والإيصالات السالفة الذكر ولدى المرافعه فى دعوى التزوير هذه بين المدعى عليه أن الأوراق التى قدمها لا توقيع على أى واحدة منها لمدعى التزوير ، وإنها لم تقدم للإحتجاج بها عليه ، بل للإحتجاج على المؤجر له هو أو على ورثته الذين أدخلهم ضماناً للمؤجر ، وطلب لذلك الحكم بعدم قبول دعوى التزوير ، فالحكم الصادر بقبول هذه الدعوى وببطلان الأوراق المطعون فيها يكون مخطئاً ، ذلك بأن الدعوى بالريع لا تندفع عن المدعى عليه فيها بهذا الدفع الذى دفعها به ، لأن المستندات التى تمسك بها لاتنهض حجة له على صاحب الدعوى سواء أكان صحيحاً أم غير صحيح ماجاء بصلب عقد الإيجار من أن الأطيان المؤجرة للمدعى عليه من مؤجرة مملوكة للمدعى بل يكفى المدعى بالريع أن ينكر هذا التأجير المتمسك به دون حاجة إلى الطعن بالتزوير فى الأوراق المتعلقة به فيكون على مقدمها إثبات ما إدعاه من هذا التأجير وهو لايثبت إلا بدليله الخاص .

(الطعن رقم ٥٢ لسنة ٨ ق جلسة ١٧/١١/١٩٣٨)

ان تقدير كون الدليل منتجاً فى إثبات التزوير أو غير منتج هو مما يستقل به قاضى الموضوع الا ان هذا مشروط بان يقيم قضاءه بذلك على أسباب سائغة . فإذا كان الدليل المقدم على تزوير الأوراق المطعون فيها هو أنها موقع عليها بختمين مختلفين كلاهما ليس للمنسوبة إليه الأوراق اذ أنه أنما إستعمل أمضاءه فى جميع معاملاته قبل وبعد تواريخ الأوراق المطعون فيها وليست له أية ورقة فيها الختم المنسوب إليه ، فقضى الحكم بأن هذا الدليل غير منتج مؤسساً ذلك على قوله أن إدعاء الطاعن بأنه إعتاد أن يوقع

الأوراق بإمضائه وأنه لم يستعمل الختم أصلاً هو محاولة لإثبات النفى المطلق وهو ما لايمكن تحقيقه. فى حين أن قول الطاعن بأن كلا الختمين المنسوبين إليه ليسا له وأنه إنما يستعمل إمضاءه دون الختم فى جميع معاملاته يتضمن وقائع إيجابية تقبل الإثبات - ذلك قصور فى الحكم يستوجب نقضه.

(الطعن رقـــم ٨٤ لســـنة ١٨ ق جلســـــــــة ١٩٥٠/١/٢٦)

تقدير ما إذا كان الدليل منتجاً فى اثبات التزوير وان كان مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أن هذا مشروط بأن يكون قضاؤه مبنياً على أسباب تكفى لحمله . وإذن فمتى كان الحكم قد قضى برفض دعوى التزوير المقامه من الطاعن على المطعون عليه فيما نسب إليه من تسلمه اعلان حكم دون إجابة الطاعن إلى ماطلبه من ندب خبير واحالة الدعوى على التحقيق ليثبت أن الختم الموقع به على ورقة الإعلان ليس ختمه وأنه لا يتعامل إلا بختم واحد ، وأن المخاطب معه أصلاً لا يمت إليه بصله وليس من رجال الإدارة ولسماع شهادة المحضر الذى باشر الإعلان عما إذا كان الطاعن هو الذى تسلم صورته أو شخص خلافه . وكان الحكم قد أقام قضاءه على : « أن الطاعن لم يقدم شيئاً من الأدلة المنتجة فى الدعوى والتى من شأنها لو صحت أن تؤيد دعوى التزوير ، ولذا فإنه لا يكون هناك محل لإحالتها على التحقيق ولا ندب خبير ، فإنه حتى لو صح أن الختم الموقع به على الإعلان يختلف عن باقى الأختام التى يريد هو أن يقدمها فإن ذلك لن يكون دليلاً على أن الختم الموقع به على الإعلان لم يكن له » - فإن هذا الذى جاء بالحكم يقصر عن أن يكون سبباً لتبرير ما قضت به المحكمة من رفض طلب الطاعن تعيين خبير والإحالة على التحقيق ولو أنها يسرت للطاعن السبيل إلى هذا الاثبات فربما قد تغير وجه الرأى فى الدعوى ، إذ

تمحيص الأدلة التى قدمها الطاعن وكشفها على حقيقتها مما يكون له أثر بالغ فى توجيه إعتقاد المحكمة إلى ناحية أو أخرى ومن ثم فإن الحكم يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه .

(الطعن رقم ١٥٠ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/٣/٨)

تقدر قيمة دعوى التزوير الفرعية - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - بقيمة الدعوى الأصلية . فاذا كانت قيمة الدعوى الأصلية تقل عن الحد الأقصى لإختصاص القاضى الجزئى النهائى فإن دعوى التزوير الفرعية تتبعها فى تقدير قيمتها ولا يجوز استئناف الحكم الصادر فيها من المحكمة الجزئية .

(الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٦/٢١ س ٧ ص ٧٤٢)

جرى قضاء محكمة النقض بأنه لا يتعين على منكر التوقيع بالختم أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير إلا إذا أقر بصحة الختم أو ثبت للمحكمة صحته من الأدلة التى قدمها المتمسك بالورقة فاذا لم تتوافر إحدى هاتين الحالتين كان الطعن بالإنكار جائزاً وكان للمحكمة أن تفصل فيه وفقاً لما تقضى به المادة ٢٦٢ مرافعات التى تجيز الإحالة إلى التحقيق بالمضاهاه أو بشهادة الشهود كما لها ألا تسلك أحد هذين الطريقين وأن تقضى بعدم صحة الورقة إذا ثبت لها مما قدم إليها من أدلة أنها غير صحيحة وأنها لم تصدر ممن نسبت إليه .

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ س ٩ ص ٦٣٣)

يشترط - على ما تقرر المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات - لقبول الإدعاء بالتزوير وبحث شواهده أن يكون منتجاً فى النزاع ، فإن كان غير

ذى أثر فى موضوع الدعوى تعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله دون أن تبحث شواهده او تحققها اذ من العبث تكليف الخصوم اثبات ما لو ثبت بالفعل ما كان منتجاً نتيجة ما فى موضوع الدعوى .

(الطعن رقم ١٤ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ س١٥ ص١١٧٩)

إذا لم يعول الحكم فى قضائه برفض دعوى التطليق على صحة الإتفاق على الإنفصال أو تزويره ، فإن النعى عليه بالخطأ فى عدم تحقيق واقعة الطعن بالتزوير فى هذا الإتفاق يكون غير منتج ولا أثر له .

(الطعن رقم ١ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٥/٦/٢ س ١٦ ص ٦٧١)

نظم المشرع فى المواد من ٢٨١ إلى ٢٩٠ من قانون المرافعات الطريق الذى يجب إتباعه عند الإدعاء بتزوير الأوراق التى يحتج بها الخصوم فى دعوى منظورة أمام القضاء ثم اتبع ذلك بالمادة ٢٩١ التى أجاز فيها لمن يخشى الإحتجاج عليه فى المستقبل بورقة مزورة أن يرفع دعوى أصلية على من بيده تلك الورقة أو من يستفيد منها ويطلب سماعهم الحكم بتزويرها ،حتى إذا ما حكم له بذلك أمن عدم الإحتجاج عليه بهذه الورقة فى نزاع مستقبل ومفاد ذلك أن الإلتجاء إلى دعوى التزوير الأصلية لا يكون إلا إذا لم يحصل بعد الإحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها فى نزاع قائم أمام القضاء .أما إذا إحتج بهذه الورقة فى نزاع مرفوع بشأنه دعوى فإنه يتعين على من إحتج عليه بتلك الورقة أن ادعى أنها مزوره أن يسلك طريق الإدعاء بالتزوير الذى رسمه القانون فى المواد ٢٨١ إلى ٢٩٠ ولا يجوز له أن يلجأ إلى دعوى التزوير الأصلية إذ أن الإدعاء بالتزوير فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى فيجب إبداؤه أمام المحكمة التى تنظر هذا الموضوع ولا يكون لغيرها أن تنظره .

(الطعن رقم١٢٣ لسنة٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠٠٩)

لمن إدعى ضده بتزوير ورقة مقدمة منه أن ينهى إجراءات الإدعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها هذه الإجراءات بنزوله عن التمسك بتلك الورقة وذلك بغير توقف على قبول مدعى التزوير ولا يكون لهذا سوى أن يطلب من المحكمة ضبط الورقة أو حفظها متى كانت له مصلحة مشروعه فى ذلك .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٣٢ ق - جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٦٦س ١٧ ص ٧٤٠)

مادام الطاعن قد أسس إدعاءه بالتزوير على إنكار صدور الورقة كلها منه . وطعن فى التوقيع المنسوب إليه عليها بالتزوير فإنه لا يكون له بعد ذلك وبعد أن نزل المطعون ضده عن التمسك بهذه الورقة أن يستدل بشئ مما حوته إذ أن هذا الإستدلال يتنافى مع إدعائه بتزوير ما هو موضع للإستدلال وإنما يكون لمدعى التزوير بعد نزول خصمه عن التمسك بالورقة المدعى تزويرها ان يتمسك بما لم يدع تزويره من الورقة لو كان التزوير المدعى به وارداً على جزء منها فقط.

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ٧٤٠)

النزول عن التمسك بالورقة بعد الإدعاء بتزويرها يجعلها غير موجودة وغير منتجة لأى أثر قانونى .

(الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩ / ١ / ١٩٦٧ س ١٨ص١٥٢)

يشترط - على ما تقرره المادة من قانون المرافعات - لقبول الإدعاء بالتزوير أن يكون منتجاً فى النزاع فإن كان غير ذى أثر فى موضوع الدعوى تعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله دون أن تبحث شواهده أو تحققها اذ من العبث تكليف الخصوم بإثبات ما لو ثبت بالفعل ما كان منتجاً نتيجة ما فى موضوع الدعوى .

(الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٦٧ س ١٨ص٦٦٥)

حق الإدعاء بتزوير عقد وحق المحكمة فى الحكم بتزويره من تلقاء نفسها عملاً بالمادة ٢٩٠ من قانون المرافعات يظلان قائمين طالما كان هناك تمسك بالعقد .

(الطعن رقم٢٣٢ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٦/٣/١٩٦٧ س ١٨ص٦٧٢)

النزول عن التمسك بالورقة بعد الإدعاء بتزويرها بجعلها - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - غير موجودة وغير منتجة لأى أثر قانونى .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٣٦ق - جلسة ٢٢/٥/١٩٦٨ س ١٩ص ٩٧٥)

أن المادة ٢٨١ من قانون المرافعات أوجبت على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الإدعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلاً والمعول عليه فى تحديد مواضع التزوير هو تقرير الطعن بالتزوير ولا يجوز لمدعى التزوير أن يضيف فى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه أمام المحكمة مواضع أخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير لأن ذلك منه يكون إدعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير به فى قلم الكتاب .

(الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٣٤ق - جلسة ٣٠/٥/١٩٦٨ س١٩ص١٠٤٥)

إذ نصت المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات على أن الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع قصدت إلى أن الخصومة التى ينظر إلى إنتهائها وفقاً لهذا النص هى الخصومة الأصلية المنعقدة بين طرفيها لا تلك التى تثار عرضاً بشأن دفع شكلى فى الدعوى أو مسألة فرعية متعلقة بالإثبات فيها ولما كان الإدعاء بتزوير السند المطالب بقيمته لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى فإن قضاء

الحكم المطعون فيه فى هذا الإدعاء لا تنتهى به الخصومة الأصلية كلها أو بعضها ومن ثم لا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع .

(الطعن رقم٥٤٣ لسنة٣٤ق - جلسة ٩/١/١٩٦٩ س٢٠ ص ٧٣)

إذ كان الثابت أن الطاعنه تزلت عن التمسك بالخطاب الذى كان مورثها قد قدمه للتدليل على تزوير العقد وقضت المحكمة بناء على هذا النزول بإنهاء إجراءات الإدعاء بتزوير هذا الخطاب ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قطع فى أسبابه بتزوير ذلك الخطاب بطريق المحو الكيماوى وقال : « أن التزوير بهذه الكيفية يكفى وحده للجزم بعدم تزوير العقد موضوع الدعوى » يكون مخطئاً فى القانون ومشوباً بالفساد فى الإستدلال ، إذ ما كان يجوز قانوناً لمحكمة الإستئناف بعد أن تزلت الطاعنة عن التمسك بهذه الورقة وقضى بإنهاء إجراءات الإدعاء بتزويرها أن تعود فتبحث أمر صحتها وتزويرها ثم تقطع بتزويرها وتتخذ من التزوير دليلاً قاطعاً على عدم تزوير عقد البيع .

(الطعن رقم ٥٩٣ لسنة٣٤ ق - جلسة ١٣/٢/١٩٦٩ س٢٠ ص٣١٠)

يجوز إنهاء إجراءات الإدعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها ، بالنسبة لأى ورقة من الأوراق المطعون فيها وذلك بالنزول عن التمسك بها . ويترتب على هذا النزول عدم جواز الاستناد إلى هذه الورقة فى اثبات الأمر الذى قدمت من أجلة وبالتالى تصبح الإجراءات التى إتخذت بشأنها للادعاء بتزويرها منتهية بالنسبة لها .

(الطعن رقم ٧٦ لسنة ٣٥ق - جلسة ٤/٣/١٩٦٩ س٢٠ ص ٣٨٢)

إذ كانت المصلحة فى الدعوى لا تهدف إلى حماية الحق وإقتضائه فحسب بل قد يقصد بها مجرد إستيثاق المدعى لحقه بحيث لا يلزم أن يثبت الحق له حتى تقبل دعواه بل يكفى أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء فقد أجاز المشرع تأسيساً على ذلك بالمادة ٢٩١ من قانون المرافعات لمن يخشى الإحتجاج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها ، وذلك قبل أن يتمسك بالورقة فى مواجهته ويكون ذلك بدعوى تزوير أصلية تقتصر مهمة المحكمة فيها على القضاء بصحة الورقة أو تزويرها .

(الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٧/٦/١٩٦٩ س ٢٠ ص ٩٧٠)

إن المشرع إذ نص فى المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق والمقابلة للمادة ٢١٢ من القانون الحالى على أن الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع قد قصد إلى أن الخصومة التى ينظر إلى إنتهائها وفقاً لهذا النص هى الخصومة الأصلية المنعقدة بين الطرفين لا تلك التى تثار عرضاً فى خصوص دفع شكلى فى الدعوى أو مسألة فرعية متعلقة بالإثبات فيها ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد إقتصر على الفصل فى الإدعاء بالتزوير برد وبطلان الورقة المطعون فيها المثبته لوفاء جزء من الدين المطالب به ، وكان هذا القضاء لا تنتهى به الخصومة الأصلية المردده بين الطرفين كلها أو بعضها ، بل لا زال لمحكمة الإستئناف بعد صدور الحكم المطعون فيه أن تستمر فى نظر الموضوع وهو مطروح عليها برمته ولم تفصل فيه ، إذا كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يجوز الطعن فيه إستقلالاً ويتعين على محكمة النقض أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم جواز الطعن لتعلقه بالنظام العام .

(الطعن رقم٤٦٧لسنة ٣٥ ق - جلسة ٨/١/١٩٧٠ س ٢١ ص٣٩)

لا تقبل دعوى التزوير إلا بعد أن تقف المحكمة على ما يكون لها من أثر فى النزاع المطروح . فإن وجدته منتجاً قبلت الدعوى والا قضت بعدم قبولها .

(الطعن رقم ٣٣٩ لسنة٣٥ ق - جلسة ٢٢ / ١ / ١٩٧٠ س٢١ ص١٤٩)

متى إنتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه وذكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقارب أو اصهار المعلن إليه المقيمين معه ، فإنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لايكون مكلفاً بالتحقق من صفة من تسلم منه الإعلان . إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعنات قد إقتصرن فى طعنهن بالتزوير على أن المخاطب فى الإعلان قد إدعى صفة القرابة والاقامة على غير الحقيقة دون الطعن فى صحة إنتقال المحضر إلى محل إقامتهن وتسليم صورة الاعلان ، وإنتهى من ذلك إلى إعتبار أن الإعلان قد تم صحيحاً وأن الطعن بالتزوير فى صفة مستلم الإعلان غير منتج فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

(الطعن رقم٦٩لسنة ٣٦ ق - جلسة٢٣ / ٤ / ١٩٧٠ س ٢١ ص ٦٨٩)

ان المشرع نظم فى المواد ٢٨١ إلى ٢٩٠ من قانون المرافعات طريق الإدعاء بالتزوير وأوجب فى المادة ٢٨١ أن يقدم الإدعاء بالتزوير بتقرير فى قلم الكتاب ، وإذا كان الثابت أن الطاعن لم يسلك هذا السبيل الذى رسمه القانون فإن من حق محكمة الموضوع أن تعتبر العقد صحيحاً ما دامت لم تر هى من ظروف الدعوى وفقاً للمادة ٢٩٠ من قانون المرافعات أنه مزور.

(الطعن رقم ١٩لسنة ٣٦ ق - جلسة ٢٣ / ٤ / ١٩٧٠س ٢١ ص ٦٧٧)

تغيير المحررات وإصطناعها يعد ضمن طرق التزوير المنصوص عليها فى المادتين ٢١١ . ٢١٧ من قانون العقوبات ويتسع لكل ماله تأثير مادى يظهر على المحرر بأى سبيل بعد تحريره ، سواء بإزالة جزء منه بالقطع أو التمزيق لرفع بعض عباراته أو إضافة عبارات جديدة فى الفراغ الحادث به ، بعد الإستغناء عن الجزء المقطوع

(الطعن رقم٩٩ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/٥ س ٢١ ص٧٩٦)

ما تتضمنه محاضر جمع الإستدلالات ، ومنها المحاضر التى يحررها معاون المالية من بيانات وإقرارات ،لا يكون لها الحجية المطلقة التى أسبغها القانون على البيانات التى أعدت لها الورقة الرسمية . وإنما تكون خاضعة للمناقشة والتمحيص ، وقابلة لإثبات عكسها بكافة الطرق دون حاجة لسلوك طريق الطعن بالتزوير .

(الطعن رقم٢٠٢ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٣/١٤س ٢٣ص٤٠٧)

الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية ، فلايعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الدعوى التى يلزم إثباتها فى محضر الجلسة أو فى محضر آخر .

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٣/٢١س٢٢ص٤٣٩)

متى كان يبين من إعلان تقرير الطعن أن المحضر أثبت إنتقاله إلى محل إقامة المطعون عليه الأول ، وأعلنه - بسبب غيابه وقت الإعلان - فى مواجهة شقيقته المقيمة معه ، والتى وقعت بإستلام الصورة ،وكان المطعون عليه الأول لم يطعن على هذا الذى أثبته المحضر بالتزوير ، فإن الدفع بسقوط الحق فى الطعن - بمقولة عدم إعلان تقرير الطعن فى الميعاد ، وأن ما جاء بورقة الإعلان مزور - يكون على غير أساس

(الطعن رقم ١٦٢لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٤/١٣ س٢٣ ص ٧٠٨)

صاحب التوقيع على الورقة العرفية إذا لجأ إلى طريق الإدعاء بالتزوير ولم يقف عند حد الإنكار . كان عليه إثبات هذا التزوير . ولا يكون على المتمسك بالورقة إثبات صحتها . ولا يستطيع من نسب إليه التوقيع أن يلجأ بعد ذلك إلى الإنكار ليسقط حجية الورقة ، ويحمل المتمسك بها عبء إثبات صدورها ، كما لا يستطيع الوارث أو الخلف الإلتجاء إلى الإنكار أو التجهيل بعد أن أسقط سلفه حقه فيه بالإدعاء بالتزوير

(الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١١ / ١ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص٦٢)

إذ أوجبت المادة ٢٨١ من قانون المرافعات السابق على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به في تقرير الإدعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب وإلا كان التقرير باطلاً فانها تكون قد جعلت تقرير الطعن بالتزوير وحده هو المعول عليه فى تحديد مواضع التزوير فلا يجوز لمدعى التزوير أن يضيف فى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه أمام المحكمة مواضع أخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير لأن ذلك منه يكون إدعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير فى قلم الكتاب

(الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٨ ق - جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٧٤س ٢٥ ص٢٣٤)

أن المعول عليه فى تحديد مواضع التزوير هو تقرير الإدعاء بالتزوير ولا يجوز لمدعى التزوير أن يضيف فى مذكرة شواهد التزوير ، أو فى دفاعه أمام المحكمة مواضع أخرى غير التى حددها فى ذلك التقرير ، لأن ذلك منه يكون إدعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير به فى قلم الكتاب

(الطعن رقم ١٢١ لسنة٣٩ ق جلسة ٩ / ٤ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٦٥٨)

إذا كان يبين مما سجله الحكم المطعون فيه أن القضاء في موضوع الإستئناف رقم ..... بإلغاء الحكم الإبتدائي الصادر ضد الطاعن ورفض دعوى المطعون ضده مؤسساً على أن عبارات صلب الاقرار المؤرخ ..... صحيحة ويحاج بها المطعون ضده طالما أنه لم يطعن على مدونات هذا الصلب بمطعن بعد أن ثبت صحة توقيعه ، فإن مؤدى ذلك صحة الإقرار صلباً وتوقيعاً ، وقد رتب الحكم المذكور على ذلك قضاءه في موضوع الإستئناف بإلغاء الحكم الإبتدائي ورفض الدعوى التي أقامها المطعون ضده على الطاعن وإذ كان المطعون ضده قد سبق الإحتجاج عليه بالاقرار سالف الذكر في الدعوى رقم ...... المشار إليها وقصر طعنه بالتزوير فيها على توقيعه في نهاية الإقرار دون أن يتناول طعنه ماسطر بصلبه رغم ما كشف عنه تقرير الخبير المقدم في تلك الدعوى من أن بيانات الورقة الأصلية قد محيت وحلت محلها بيانات الإقرار المدعى بتزويره إلى أن صدر الحكم في الإستئناف ، وحاز قوة الأمر المقضى وتوافرت في الحق المدعى به في كل من الدعوى السابقة والدعوى الراهنة وحدة الخصوم والموضوع والسبب ، فإنه يمتنع على المطعون ضده الأول والعودة إلى المناقشة في مسألة تزوير الإقرار ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأول .

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢١ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٠٥٣)

إذ كان ما أثاره الطاعن من أن شقيق المطعون عليها جعله يوقع على عقد البيع ، وكأن الطاعن لم يتخذ أمام محكمة الموضوع الإجراءات التي أوجبها عقد البيع ، وكأن الطاعن لم يتخذ أمام محكمة الموضوع الإجراءات التي أوجبها القانون بهذا الخصوص . فإن النعي على الحكم يكون على غير أساس .

(الطعن ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٨٠١)

إذا كان الثابت أن المطعون عليه الأول رد على إدعاء الطاعن بتزوير تاريخ الاقرار بأن هذا التغيير تم بإتفاق الطرفين وقت حدوثه ، غير أن الطاعن أصر على إدعائه بتزوير تاريخ الاقرار ، ومن ثم فإنه يتحمل هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - عبء إثبات هذا التزوير وإذ كان يجوز إثبات هذا التزوير بإعتبار أنه واقعة مادية بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود دون تقيد بالقواعد الخاصة بإثبات الإلتزام . لما كان ذلك وكانت محكمة الإستئناف قد أحالت الدعوى إلى التحقيق ليثبت الطاعن إدعاءه بالتزوير فإنها تكون قد إلتزمت صحيح القانون .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٤٣ق - جلسة ٤ / ١ / ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٥٤)

إذا كان المشرع قد نظم فى المواد من ٤٩ إلى ٥٨ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الطريق الذى يجب إتباعه عند الإدعاء بتزوير الأوراق التى يحتج بها الخصوم فى دعوى منظورة أمام القضاء ، ثم إتبع ذلك بالمادة ٥٩ التى أجاز فيها لمن يخشى الإحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتاده ، حتى إذا ما حكم له بذلك أمن عدم الإحتجاج عليه بهذه الورقة فى نزاع مستقبل ، ومفاد ذلك أن الإلتجاء إلى دعوى التزوير الأصلية لا يصادف محلاً إذا إحتج بهذا المحرر فى نزاع مرفوع بشأنه دعوى ، ويكون متعيناً سلوك طريق الإدعاء بالتزوير الذى رسمه القانون بإعتباره وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى فيجب إبداءه أمام المحكمة التى تنظره ولا يجوز لغيرها أن تتصدى له ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات حكم محكمة أول درجة المؤيد بالحكم المطعون فيه أن المطعون عليه قدم ضمن مستنداته صورة فوتوغرافية لكل من عقد الإيجار والإيصال - المشار إليها بسبب النعى - مقرراً أن المستأجر السابق لذات العين كان قد قدمهما فى الدعوى المرددة بينه وبين الطاعن - المؤجر -

وكان الثابت أن الطاعن لم يطعن على هذين المحررين بأى مطعن . وإنما لجأ بعد الحكم عليه إبتدائياً إلى رفع دعوى تزوير أصلية ضد المستأجر السابق وأدخل فيها المطعون عليه ليصدر الحكم فى مواجهتة ، وطلب من محكمة الإستئناف لدى إستئنافه حكم محكمة اول درجه وقف السير فيه حتى يفصل فى تلك الدعوى ، فان من حق محكمة الإستئناف ألا تعير هذا الطلب إلتفاتاً .

(الطعن رقم ١١٥ لسنة٤٢ق - جلسة ٥/١/١٩٧٧س ٢٨ ص١٦٦)

من المقرر أن مناط الإلتجاء إلى دعوى التزوير الأصلية ألا يكون قد إحتج بالورقة المدعى بتزويرها فى دعوى ينظرها القضاء عملاً بالمادة ٢٩١ من قانون المرافعات السابق وهى المقابلة للمادة ٥٩ من قانون الإثبات، فى المواد المدنية والتجارية ، أما عن الإحتجاج بالورقة فى دعوى منظورة فيتعين للإدعاء بتزويرها إتباع الطريق الذى رسمه القانون فى المواد ٢٨١/ ٢٩٠ من قانون المرافعات السابق وتقابل المواد من ٤٩/ ٥٨ من قانون الإثبات ذلك أن الإدعاء بالتزوير فى هذه الحالة لايعدو كونه وسيلة دفاع فى موضوع الدعوى فلا يكون لغير المحكمة التى تنظر هذا الموضوع أن تنظره مما يشكل قاعدة آمرة.

لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى سبق الإحتجاج فى الدعوى ١٦١٨ لسنة ١٩٧١ مدنى كلى اسكندريه بالإقرارين المنسوبين إلى مورث الطاعن ، مما يكون معه فى رفع دعوى أصلية بتزويرهما مخالفاً لقاعدة من النظام العام لم تختلط بواقع لم يسبق طرحه ولم تكن عناصر أعمالها خافية فيما طالع محكمة الموضوع من طبيعة الدعوى ومن الإستئناف المضموم إليها ويكون الحكم المطعون فيه إذا تناول البحث فى موضوع هذه الدعوى قد قام به سبب مبطل يجيز لهذه المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها وأن تحكم بما

يقتضيه قيامه من نقض الحكم وإلغاء الحكم المستأنف وقضاء فى الدعوى بعدم قبولها .

(الطعن رقم ٣٠٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٩/٣/٢١)

لما كان النص فى المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات على أن « يرفع الإستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى » وفى الفقرة الأولى من المادة ٦٧ من ذات القانون على أن « يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسه المحدده لنظرها فى أصل الصحيفه وصورته » يدل على أن المناط كون الإستئناف مرفوعاً فى الميعاد وهو تقديم صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الإستئناف ومتى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن صحيفة الإستئناف قدمت إلى قلم الكتاب فى يوم ١٩٧٤/٦/٦ وهو اليوم الأخير لرفع الإستئناف فإن الميعاد يكون مرعياً .

لما كان ذلك وكانت المادة الحادية عشر من قانون الإثبات تنص علي أن « المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما ورد فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته ... » فإن مؤدى ذلك أن صحيفة الإستئناف حجة قبل الكافة فى خصوص تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب وإذ كان الطاعنون لم يطعنوا عليها بالتزوير فلا على المحكمة أن هى أخذت بالبيان المدون فيها بشأن تقديمها إلى قلم الكتاب وبالتالى لا يكون ثمة محل لإحالة الدعوى إلى التحقيق .

(الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٦/١٢)

الدفع بالجهالة او بالانكار أو بالتزوير لايعدو ان يكون دفاعا أوليا يقتصر النزاع فيه على كون الورقة المطعون عليها كأداة اثبات قد صدرت أو لم تصدر من الخصم المنسوب اليه والفصل فى هذا النزاع يقتصر على ذلك ولايعتبر

فصلا فى موضوع الدعوى فاذا قضى برفض الادعاء أو بسقوطه أو بعدم قبوله اعتبرت الورقة باقية فى الدعوى كدليل فى الموضوع الذى يبقى فى الحالتين مطروحا على المحكمة لكى تفصل فيه فى ضوء ماهو مطروح عليها فى شأنه.

(الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٤٩ق - جلسة ٣١/١٠/١٩٨٢)

للخصم اتخاذ طريق الطعن بالتزوير بالتقرير فى قلم الكتاب دون حاجة الى تصريح من المحكمة بذلك . مجرد ادعاء الخصم بأن الورقة مزورة لا يوجب على المحكمة بحث هذا الادعاء طالما لم يسلك الطريق القانونى للإدعاء بالتزوير . استخلاص الحكم عدم جدية الطعن بالتزوير . صحيح .

(الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٧/٢/١٩٩٣)

الأوراق المدعى بتزويرها. اعتبارها من بين أوراق القضية. الأمر بضمها والاطلاع عليها . عدم لزوم إثباته بمحضر الجلسة أو فى مدونات الحكم .

(الطعن رقم١٤١٧ لسنة٥٨ق - جلسة ١١/٣/١٩٩٣لم ينشر بعد)

(الطعن رقم١٢٣١ لسنة ٥١ق - جلسة ٣/١/١٩٨٥ لم ينشر بعد)

تغيير الحقيقة المؤدى الى اعتبار المحرر مزورا . ماهيته .

(الطعن رقم١٦٦١ لسنة٥٨ق - جلسة ٤/٥/١٩٩٣ لم ينشر بعد)

ثانيا : عبء اثبات التزوير

مخالفة المادة ٢٦٧ مرافعات التى تقضى بقيام الخبير بمأمورية المضاهاة فى حضور القاضى المنتدب للتحقيق وكاتب المحكمة لايترتب عليها بطلان الا اذا كان من شأن المخالفة الاخلال بحق الدفاع.

ان الشارع لم يرتب البطلان على عدم قيام الخبير بمأمورية المضاهاة فى حضور القاضى المعين للتحقيق وكاتب المحكمة عملا بالمادة ٢٦٧ من قانون المرافعات ، فمجرد مخالفة نص هذه المادة لايستوجب حتما بطلان الاجراءات وبالتالى بطلان الحكم الذى بنى عليها . وانما الذى تجب ملاحظته هو معرفة ما اذا كانت هذه المخالفة كان من شأنها الاخلال بحق دفاع احد الطرفين ام لا ، فاذا ماتحقق الاخلال وجب نقض الحكم على هذا الاساس ، والا فلا ينقض .

(الطعن رقم ٥١ لسنة ٣ق - جلسة ١٩٣٤/٢/٢٢)[1]

حق قاضى الموضوع فى حالة تشككه فى صحة الورقة ان يستعين برأى خبير دون ان يدعى امامه بالتزوير .

ان المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات قد اجازت للمحكمة « ان تحكم برد وبطلان أى ورقة يتحقق لها انها مزورة ولو لم تقدم اليها دعوى بتزوير تلك الورقة » ، ومادام ذلك جائزا للمحكمة فيجوز لها من باب أولى - فى حالة تشككها فى صحة الورقة المتمسك بها - ان تستعين برأى خبير فنى حتى يتسنى لها الحكم على بينة وتتمكن من تحقيق العدالة بين الناس ؛ لان المادة صريحة خالية من كل يد وشرط ، وقد خول القانون للمحاكم

---

(١) راجع فى هذا الموسوعة الذهبية المرجع السابق ص١٣٤ ومابعدها .

حق تطبيقها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء أحصل طعن بالتزوير أم لم يحصل، وسواء انجحت دعوى التزوير ام لم تنجح .

(الطعن رقم ٥١ لسنة ٣ ق - جلسة ١٩٣٤/٢/٢٢)

جواز اثبات التزوير بكافة الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن.

دعوى التزوير يجوز اثبات وقائعها بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن . على ان تمسك الصادرة له الورقة المطعون فيها بالتزوير بهذه الورقة وثبوت تزويره لتاريخها ذلك يعتبر حتما مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز لخصمه الاستدلال عليه بالبينة والقرائن لاقناع المحكمة بصحة نظريته هو فيما يتعلق بظروف تحرير تلك الورقة وادماجها فى عقد آخر لاحق .

(الطعن رقم ٢١ لسنة ٤ق - جلسة ١٩٣٥/٥/١٦)

اعتبار قوائم القرعة والعرائض المقدمة للجهات من العمدة والموقع عليه منه أوراقا رسمية تصلح للمضاهاة .

قوائم القرعة والعرائض التى تقدم من العمدة للجهات الرسمية موقعا عليها من العمدة بصفته تعتبر من الاوراق الرسمية التى تصلح للمضاهاة عليها فى دعاوى التزوير .

(الطعن رقم ٦٢ لسنة ٥ق - جلسة ١٩٣٦/٢/١٣)

الحكم الصادر فى صلاحية أدلة التزوير باستبعاد بعضها وقبول البعض الآخر هو حكم تمهيدى يكفى فى بيان أسبابه مطلق القول بأن الادلة بعيدة أو انها منتجة فى الدعوى ومتعلقة بموضوعها أما حين الفصل فى صحة الاوراق فيجب اقامة الحكم على اسباب وافية ، فاذا كانت ادلة التزوير ليست جديدة بل مما تناوله التحقيق

ومرافعة الخصوم فى دعوى انكار التوقيع فالحكم الصادر فيها ليس تمهيديا بل قطعيا ويجب اقامته على اسباب كافية.

ان القاضى حين ينظر فى صلاحية الادلة المقدمة لاثبات دعوى التزوير فيستبعد بعضها لعدم تعلقه بالموضوع أو لكونه غير مقبول قانونا ، ويقبل بعضها الآخر لتعلقه بالموضوع ويأمر بتحقيقه ، فان حكمه فى هذه المرحلة يكون حكما تمهيديا يكفى فى بيان اسبابه مطلق القول بان الواقعة المطلوب تحقيقها بعيدة التصديق أو انها منتجة فى الدعوى ومتعلقة بموضوعها . أما حين يطلب فى آن واحد من القاضى ان يفصل فى صحة الورقة أو بطلانها موضوعا بان يكون مدعى التزوير قد جمع بين المرحلتين : مرحلة بحث أدلة التزوير ومرحلة الفصل فى الموضوع ، ثم يطلب رد السند وبطلانه على أساس ذلك جميعا ، فان الحكم فى ذلك يكن حكما قطعيا لايكتفى فيه بمطلق الاسباب بل يجب بناؤه على اسباب كافية وافية .

فاذا كانت أدلة التزوير المقدمة للمحكمة ليست جديدة على الخصومة ادعاءها مدعى التزوير وعرض استعداده لاثباتها على اعتبار انها لو ثبتت لدلت على ثبوت التزوير بل كانت مما تناوله التحقيق الذى اجرى فى دعوى انكار التوقيع السابقة على دعوى التزوير ، كما تناولتها مرافعة خصوم فى الدعوى وتمسك المدعى بدلالتها فى اثبات التزوير فهذه الأدلة لاتعتبر ادلة التزوير التى تعنيها المادة ٢٨٢ مرافعات ، ولذلك فليس من المتعين بحثها اولا لبيان تعلقها أو عدم تعلقها بموضوع التزوير ، والحكم الذى لايعتد بها لايكون تمهيديا مما يكتفى فيه بمطلق القول بانها غير منتجة وانما هى فى الواقع من اسانيد الدعوى المقدمة للمحكمة لتعزيز دعوى التزوير المطروحة عليها والمطلوب الفصل فى موضوعها على اساس الدليل المستمد منها ، فالحكم الذى يصدر فيها يكون حكما قطعيا يتعين بيان اسبابه بيانا وافيا .

(الطعن رقـــم ٢٣ق لسنة ٦ق - جلســـــة ١٩٣٧/٢/١٨)

اذا اقتنعت محكمة الموضوع مما استبانته من التحقيقات وما استظهرته من القرائن ومما تكشف لها من ظروف الدعوى التى استعرضتها فى حكمها بان الامضاء المطعون فيها بالتزوير صحيحة فلا يصح ان يعاب عليها انها لم تأخذ برأى اهل الخبرة المخالف لما انتهت اليه اذ هذا الرأى لايعدو ان يكون عنصرا من عناصر الاثبات التى تقدم لتكون المحكمة منها رأيها فى الدعوى ، فاذا هى لم تطمئن اليه كان لها ان تطرحه كأى دليل آخر ، ولايكون واجبا عليها قانونا ان تفنده بأسباب صريحة ، فان بيانها للاسباب التى تعتمد عليها يغنى .

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ١١ق ـ جلسة ١٩٤٢/١/٢٩)

ان المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات خاصة بتحقيق الخطوط ولامجال لتطبيقها فى دعوى التزوير ، والمقصود منها هو احترام القاعدة العامة فى الاثبات بعدم تمكين من يتمسك بورقة انكرها خصمه من ان يثبت بالبينة ، فى غير الاحوال التى يجوز فيها ذلك قانونا ، الالتزام المدون بها . ولذلك جاء نصها مقصورا على ان البينة لاتسمع الا عند اثبات واقعة الكتابة أو التوقيع دون الالتزام ذاته . بخلاف الحال فى دعوى التزوير فان الامر فيها اذا ما قبلت ادلة التزوير يكون متعلقا بجريمة او غش مما يجز قانونا اثباته بجميع الطرق ومنها قرائن الاحوال كعدم قيام الدين الذى حررت عنه الورقة وذلك يستتبع ان يكون لخصم مدعى التزوير الحق فى ان يثبت بجميع الطرق ايضا عدم صحة الدعوى عملا بالمادة ١٨١ مرافعات . واذن فاذا كان التحقيق فى دعوى التزوير قد تناول غير الكتابة أو التوقيع وقائع أخرى ، واعتمدت عليها المحكمة ، فلا تثريب عليها فى ذلك .

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ١١ق ـ جلسة ١٩٤٢/١/٢٩)

اذا اعتمدت المحكمة ، فيما اعتمدت عليه ، في حكمها برد وبطلان عقد البيع المطعون فيه بالتزوير على ماقرره بعض الشهود من ان المنسوب اليها صدور العقد كانت قد تصرفت قبل وفاتها في بعض أطيانها ، وان هذا التصرف يتناول بعض الوارد في العقد ، فان ذلك منها لاغبار عليه قانونا . لان هذه الشهادة انما كانت عن واقعة لادخل لطرفي الخصومة فيها ، ولم يكن تحدث المحكمة عنها لاثبات حق لاحد منهما او نفيه بناء عليها بل لتعرف الظروف التى لابست العقد المطعون فيه بالتزوير ، فلامأخذ على المحكمة والحالة هذه ان هى ، بغية تكوين رأى لها فى الطعن الموجه ضد العقد المذكور ، قد استندت الى البينة .

(الطعن رقم ٤٧ لسنة ١٢ق ـ جلسة ١٩٤٢/١٢/٢١)

اذا كان الحكم التمهيدى حين قضى بقبول احد ادلة التزوير لم يقض برفض ماعداه من الادلة المعروضة فانه كون للمحكمة وهي تفصل في دعوى التزوير ان تقدر الادلة الاخرى وتعتمد على ماترى الاعتماد عليه منها .

(الطعن رقم ٢ لسنة ١٣ق ـ جلسة ١٩٤٣/٤/٢٩)

ان قانون المرافعات قد عد رأى أولى الخبرة من ادلة الاثبات في الدعاوى . وجعل للمحكمة ان تكتفي به متى اقتنعت بصحته . فاذا استندت المحكمة الى رأى الطبيب الشرعي في تعيين زمن تحرير الورقة المطعون فيها بالتزوير واتخذت من ذلك قرينة على صحتها ، فلا يصح ان ينعى عليها انها اذ فعلت تكون قد اعتمدت على قرينة احتمالية ، وان حكمها قد اقيم على التخمين لا على الجزم واليقين . وخصوصا اذا كانت المحكمة قد نفت صلاحية القرائن التى ابداها مدعى التزوير لأن تكون دليلا عليه للاعتبارات المقبولة التى ذكرتها وأقامت قضاءها بصحة الامضاء على

اسباب سليمة تبرره مستخلصة من اقوال الخبير ومن الفحص الذى اجرته هى بنفسها.

(الطعن رقـــــم ٦٥ لسنة ١٤ق ـ جلســــــة ١٩٤٥/٣/١)

ان قانون المرافعات قد تعرض لادلة التزوير فى المواد ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨٤ فنصت المادة ٢٧٩ على ان مدعى التزوير يجب عليه ان يعلن الى خصمه الادلة التى يرتكن عليها فى اثبات دعواه فى خلال ثمانية ايام من تاريخ تقرير الطعن بالتزوير مع تكليف خصمه بالحضور لاجل الاثبات . ونصت المادة ٢٨٠ على انه اذا مضى الميعاد المذكور ولم يفعل المدعى ذلك جاز الحكم بسقوط دعواه . ونصت المادة ٢٨٢ على ان المحكمة لاتقبل من الادلة فى دعوى التزوير الا مايكون متعلقا بها وجائز القبول بالنظر لاثباتها . ونصت المادة ٢٨٤ على انه اذا قبلت المحكمة ادلة التزوير تأمر باثباتها اما بواسطة اهل الخبرة أو بحصول التحقيق أو بهاتين الطريقتين معا .

والمستفاد من هذه النصوص ان ادلة التزوير التى عنتها هى الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة فى اثبات دعوى التزوير . أما قرائن الحال والامارات التى لاتقوم على وقائع يتدافعها الخصوم اثباتا ونفيا فهى ان كانت تصح حجة على التزوير الا انها لاتعتبر ادلة بالمعنى السالف بيانه فما يرد منها بين ادلة التزوير لايجرى عليه مايجرى على هذه الأدلة ، ولايجوز ان يكون محلا لحكم من القاضى بقبول أو رفض ، بل يجب ان يرجأ النظر فيه الى حين الفصل فى موضوع التزوير ، لان الحكم بقبول تلك الادلة يكون من تحصيل الحاصل. والحكم برفضها هو استبعاد لها وحدها، وهذا غير جائز لكونها من عناصر الدعوى التى ينظر فيها عند النظر فى موضوع التزوير.

وعلى ذلك فاذا قبلت المحكمة من ادلة التزوير الواردة فى صحيفة الدعوى دليلا واحدا وأمرت بتحقيقه وأبقت الفصل فيما عداه مما لايعدو ان

يكون من امارات التزوير ، ثم قضت بعد التحقيق والمرافعة بتزوير الورقة ، مستندة في حكمها الى ما استخلصته من التحقيق مضافا اليه تلك القرائن والامارات التى كان قد ساقها مدعى التزوير فى صحيفة اعلان ادلته ، فانها بذلك لاتكون قد اخطأت فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١ لسنة ١٥ق ـ جلسة ١٩٤٦/٢/٧)

ان المادة ٢٤٣ مكررة من قانون المرافعات لاتوجب على المحكمة مناقشة الخبراء الا اذا هى كانت قررت هذا الاجراء فى الدعوى ، فاذا كان لم يصدر فى الدعوى قرار من المحكمة بمناقشة الخبير فعدم مناقشته لايكون مخالفا للقانون .

على ان القانون قد جعل الحكم بتزوير ورقة أو بصحتها مرجعه الى مايثبت للمحكمة من حقيقة الحال فيها سواء أكانت فى تعرف هذه الحقيقة قد استقلت بمشاهداتها وملاحظاتها هى أم كانت قد استعانت برأى أهل الخبرة ، ثم هو لم يجعل رأى الخبير ملزما لها . ولما كانت مناقشة الخبير لم تجعل الا تنويرا للمحكمة فللمحكمة وحدها أمر تقرير اجراء المناقشة من عدمه. واذن فلا تثريب عليها اذا كان وجه الحق فى الدعوى قد تبين لها من تقرير آخر ومن ملاحظاتها هى فقضت فيها على اساس ذلك دون مناقشة الخبير .

(الطعن رقم ٣١ لسنة ١٦ق ـ جلسة ١٩٤٧/١/٣٠)

اذا كانت المحكمة ـ بعد ان أقامت الدليل على تزوير الامضاء المنسوبة الى المورث الصادر منه العقد المطعون فيه ـ أخذت بقول الطاعنة فيه بان التوقيع عليه بختمها ، الذى كان وديعة عند والدها ، بوصفها شاهدة انما كان فى غيبتها وبغير اذنها ، فذلك مفاده ان الحكم اتخذ من ثبوت تزوير الامضاء المنسوبة الى المورث دليلا على تزوير التوقيع بختم الطاعنة بالطريقة التى قالت عنها ، وهذا لايقدح فى سلامته . وهو اذا كان قد وصف قول

الطاعنة هذا بانه دفاع مع انه ادعاء فذلك لايعتد به ، متى كان هذا القول قد ثبت بدليل سائغ . ثم انه لايصح النعي على هذا الحكم بانه لم يرد على ماطلبه المتمسك بالعقد من تحقيق استرداد حيازة الطاعنة لختمها وتوقيعها به العقد ، فان ماقالت به المحكمة من تزوير الختم يتضمن الرد على هذا الطلب .

(الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٦ق ـ جلسة ١٩٤٧/٦/٥)

اذا كان الثابت بالحكم ان مدعى التزوير قال انه حصل اما بوضع امضاء مزور له على الورقة المقدمة فى الدعوى واما باختلاس امضائه الصحيح ، ثم اورد فى صحيفة دعوى التزوير دليلا على التزوير المادى ، وأورد كذلك ادلته على التزوير المعنوى فان المحكمة اذا رأت ان تبدأ بالنظر فى التزوير المادى فقبلت الدليل المتعلق به وامرت بتحقيقه ، فهذا منها لايفيد انها رفضت ادلة التزوير المعنوى . واذا هى بعد ان تبين لها ان لاتزوير ماديا نظرت فى التزوير المعنوى واخذت بالأدلة المقدمة عليه فانها لاتكون قد خالفت القانون .

(الطعن رقم ١٠٦ لسنة ١٦ق ـ جلسة ١٩٤٧/١٢/١٨)

لما كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده أدعى تزوير الختم وبصمة الأصبع المنسوبين لمورثه على العقد موضوع النزاع ، وإنتهت المحكمة إلى أن الختم مزور ، ولم تجب الطاعن إلى طلب تحقيق صحة تلك البصمة إستناداً منها إلى أن ذلك غير منتج لوفاة البائعة ، فى حين أن الوفاة لاتحول دون التحقيق بإجراء المضاهاة ولا غيرها من طرق الإثبات الأخرى ، إذ يجوز - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إثبات حصول التوقيع على الورقة المطعون فيها بإعتبار أنه واقعة مادية بجميع طرق الإثبات المقرره وإذ أهدر الحكم عقد البيع المطعون فيه لمجرد أن الختم الموقع به مزور

دون أن يحقق صحة البصمة الموقع بها عليه ، ورتب على ذلك قضاءه برفض دعوى الطاعن ، فإنه يكون معيباً فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا السبب .

(الطعن رقم ٦٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩١/١٢/٢٤)

إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تقدير الوقائع والمستندات المطروحة عليها وفى تكوين عقيدتها فى تزوير الورقة المدعي بتزويرها بناء على هذا التقدير مادامت الأدلة التى أخذت بها مقبولة قانوناً .

(الطعن رقم ٢٣٢٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٩٢/٢/٦)

دعوى التزوير - يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

إن دعوى التزوير يجوز إثباتها بكافة طرق الأثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إنتهى إلى تزوير عقد الإيجار مما إستخلصه من أقوال شاهدى المطعون ضدها من أنها لم تؤجر الشقة محل النزاع للطاعن ومن تقديمها للشكوى رقم ١٥٩٥ لسنة ١٩٨٣ سيدى جابر فور علمها بتركيب الطاعن عداد إنارة ومن ثم تقديم الطاعن إيصالات سداد أجرة شقة النزاع وهى أسباب سائغة تكفى لحمل الحكم المطعون عليه ومن ثم فإن النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون مجادلة موضوعية فيما هو لمحكمة الموضوع ومن ثم يتعين رفضه .

(الطعن رقم ٢٣٢٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٩٢/٢/٦)

الباب الثانى

الدفع بعدم دستورية القوانين

ان قانون المحكمة الدستورية العليا وأحكام المحاكم قد استقرت على ان اختصاص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين وان المحكمة التى اشير اليها الدفع تحدد ميعادا للخصوم لرفع الدعوى بذلك وتوقف الفصل فى الدعوى الاصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع .

(الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ١٥ق ـ جلسة ١٠/١/١٩٧٠)

ونعرض لاحدث أحكام المحكمة الدستورية العليا بهذا الصدد :

من أحكام المحكمة الدستورية العليا:

دعوى دستورية ـ شرط المصلحة ـ يشترط لقبول الطعن بعدم الدستورية أن تتوافر للطاعن مصلحة شخصية ومباشرة فى طعنه ومناط هذه المصلحة، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة، ارتباطها بمصلحته فى دعوى الموضوع التى أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبتها والتى يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها .

(حكم المحكمة الدستورية العليا ـ جلسة ١٥ من ابريل ١٩٨٩ فى القضية رقم ٨ لسنة ٧ ق دستورية ـ نشر فى الجريدة الرسمية العدد ١٧ فى ٢٧ من أبريل ١٩٨٩) .

حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر

فى ٤ مايو سنة ١٩٨٥ بعدم دستورية القرار

بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ [١]

بالجلسة العلنية المنعقدة علنا فى يوم السبت ٤ مايو سنة ١٩٨٥ م الموافق ١٤ شعبان سنة ١٤٠٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار محمد على بليغ رئيس المحكمة وحضور السادة المستشارين : مصطفى جميل مرسى وممدوح مصطفى حسن ومنير أمين عبد المجيد ورابح لطفى جمعه ومحمد كمال محفوظ وشريف برهام نور. أعضاء.

وحضور السيد المستشار الدكتور أحمد محمد الحفنى المفوض وحضور السيد أحمد على فضل الله أمين السر .

أصدرت الحكم الآتى :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية « دستورية » .

« بعد ان أحالت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية (دائرة الولاية على النفس) ملف الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ » .

المرفوعة من :

....

ضـــد

....

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٢٠ فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٥ .

الاجراءات

بتاريخ ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨٠ وردت الى قلم كتاب المحكمة الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البدارى ، بعد ان قضت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٨٠ بوقف الدعوى واحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

وقدمت ادارة قضايا الحكومة مذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة حيث التزمت هيئة المفوضين رأيها ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها بجلسة ٢ مارس سنة ١٩٨٥ وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل النطق بالحكم الى جلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الايضاحات والمداولة .

حيث ان الوقائع - على ما يبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى ان المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البدارى ضد زوجها المدعى عليه طالبة الحكم لها عليه بنفقة شرعية اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٧٩ . وبجلسة ٢ سبتمبر سنة ١٩٨٠ قضت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية بوقف الدعوى

واحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤لسنة١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

وحيث ان الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى استنادا الى ان قرار الاحالة جاء خلوا من بيان النص الدستورى المدعى بمخالفته خروجا على ما توجبه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

وحيث انه يبين من قرار الاحالة ان المحكمة استظهرت النصين الواجب تطبيقهما على واقعة الدعوى وهما المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلتان بمقتضى المادتين الثانية والثالثة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وقد تراءى للمحكمة عدم دستورية هذا التشريع فى جملته لمخالفته المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، اذ لم يستند رئيس الجمهورية فى اصداره الى تفويض من مجلس الشعب يخوله هذه السلطة ،كما انه لم تتوفر عند اصداره فى غيبة مجلس الشعب ظروف توجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير . لما كان ذلك ، وكان ماأورده قرار الاحالة واضح الدلالة فى بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة – على النحو الذى يتحقق به ما ابتغاه المشرع فى المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، فان الدفع بعدم قبول الدعوى يكون فى غير محله متعينا رفضه .

وحيث ان الدعوى استوفت أوضاعها القانونية .

وحيث انه يبين من الاطلاع على القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه ، انه استهدف معالجة الأوضاع المتعلقة بالأسرة وتنظيم استعمال الحقوق المقررة شرعا لأفرادها ، فكان قوامه والباعث عليه ما يتصل

بمسائل الأحوال الشخصية التي تدور جميعها في فلك واحد هو تنظيم شئون الأسرة فيما يتعلق بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة . فقد نصت مادته الأولى على ان « تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥ مكررا) ، (٦ مكررا) ، (٦ مكررا ثانيا) ، (١٨ مكررا) ، (٢٣ مكررا) » وتتضمن هذه المواد الأحكام الخاصة بكيفية توثيق الطلاق والاعلام بوقوعه وما يترتب على ذلك من آثار (٥ مكررا) وانه يعتبر اضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها واخفاء الزوج على زوجته الجديدة انه متزوج بسواها (٦ مكررا) وبيان الآثار المترتبة على نشوز الزوجة (٦ مكررا ثانيا) وتقرير نفقة متعة للزوجة عند طلاقها بدون رضاها (١٨ مكررا) واستحقاق نفقة الصغير على أبيه (١٨ مكررا ثانيا) وفرض عقوبات جنائية لمخالفة بعض أحكام هذا القانون (٢٣ مكررا) ونصت المادة الثانية من القرار بقانون المطعون عليه على ان يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نص جديد يتضمن الأحكام الخاصة بشروط استحقاق نفقة الزوجية وأحوال سقوطها. وتقضى المادة الثالثة منه بأن يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النصوص المحددة في هذه المادة والتي تشتمل على الأحكام المتعلقة باجراءات التحكيم عند وقوع الشقاق بين الزوجين (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) وبما يفرض على الزوج من نفقة مؤقته لزوجته (١٦) وأحوال حضانة الصغار وأصحاب الحق فيها وشروطها (٢٠) . ثم نص القرار بقانون المشار اليه في مادته الرابعة على حق المطلقة الحاضنة في الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر وشروط استعمال هذا الحق وتحديد الجهة المختصة بالفصل في الطلبات المتعلقة به والمنازعات التي تثور في شانه. وأوجب في المادة الخامسة على المحاكم الجزئية ان تحيل الى المحاكم الابتدائية الدعاوى التي أصبحت من اختصاصها بمقتضى أحكامه . وقضى في المادة السادسة بالغاء كل ما يخالف هذه الأحكام . وانتهى في المادة السابعة

والأخيرة الى النص على نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية وان تكون له قوة القانون وان يعمل به من تاريخ نشره .

وحيث ان نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها اسمى القواعد الآمرة واهدار ما يخالفها من تشريعات . وهذه القواعد والأصول هى التى يرد اليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذى يقضى بانحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظيفتها ، واذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات ان تتعداها الى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها ، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور الى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها .

وحيث ان سن القوانين عمل تشريعى تختص به الهيئة التشريعية التى تتمثل فى مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور . والأصل ان تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة فى الدستور ، الا انه نظرا لما قد يطرأ فى غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير ، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية فى تلك الحالات ان يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون . وقد حرص المشرع الدستورى على ان يضع لهذه السلطة الاستثنائية فى التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها - الى ممارسة تشريعية مطلقة ، موفقا بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها ، وبين الاعتبارات العملية الملحة التى تتطلب تخويل رئيس

الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعى المختص أصلا بذلك . من أجل ذلك نص الدستور فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على انه : « اذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية ان يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون » وفى الفقرة الثانية على انه : « ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على اثارها بوجه آخر » .

وحيث ان المستفاد من هذا النص ان الدستور وان جعل لرئيس الجمهوريةاختصاصات اصدار قرارات تكون لها قوة القانون فى غيبة مجلس الشعب ، الا انه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدودا ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية ، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استنادا اليه . فأوجب لاعمال رخصة التشريع الاستثنائية ان يكون مجلس الشعب غائبا وان تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير الى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار ان تلك الظروف هى مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها . واذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعى الاستثنائى ، فان رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد اليهما للتحقق من قيامهما ، باعتبارهما من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، شأنهما فى ذلك شأن الشروط الأخرى التى حددتها المادة ١٤٧ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا اليها على مجلس الشعب للنظر فى اقرارها أو علاج آثارها .

وحيث انه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه ان الأسباب التى استندت اليها الحكومة فى التعجيل باصداره فى غيبة مجلس الشعب ، تتمثل فيما أوردته مذكرته الايضاحية من « ان القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاة عبئا كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم ، وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا الى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق ..... » كما انه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس الشعب للنظر فى اقراره، أفصح وزير الدولة لشئون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التى دعت الى اصداره بقوله « ولا شك ان الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية .... وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين ، وطول الأمد واستطالة المدة هى حالة الضرورة ، بل هى حالة الخطورة فالاسرة المصرية تنتظر هذا الاصلاح منذ عام ١٩٠٥ ، واللجان تنعقد وتتعثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ ورقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ وكلاهما يحتاج الى تعديل منذ صدورهما ، أى منذ عامى ١٩٢٠ ، ١٩٢٩ أليس فى هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولى الأمر ليصدر قرارا ثوريا باصلاح الأسرة ؟ لو ترك الأمر لاقتراح بقانون أو لمشروع بقانون وثارت حوله المناقشات وظل شهورا وسنين فأين هى الحاجة التى تدعو الى تحقيق اصلاح الأسرة بقرار ثورى مثل القرار بقانون المعروض » .

لما كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة البيان . وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد ان طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات فى نواحى المجتمع وان جاز ان تندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية الى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لاصلاح مرتجى الا انه لا تتحقق بها الضوابط المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور ، ذلك ان تلك الأسباب - تفيد انه لم يطرأ - خلال غيبة مجلس الشعب - ظرف معين يمكن ان تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار اليها ومن ثم فان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - اذ صدر استنادا الى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها يكون مشوبا بمخالفة الدستور .

وحيث انه لاينال مما تقدم ماأثارته الحكومة من ان تقدير الضرورة الداعية لاصدار القرارات بقوانين عملا بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد اليها الرقابة الدستورية ، ذلك انه وان كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة المشار اليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، الا ان ذلك لايعنى اطلاق هذه السلطة فى اصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى سبق ان استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط ان يطرأ - فى غيبة مجلس الشعب - ظرف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذى يحتم اخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية .

وحيث انه - من ناحية أخرى - فان اقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لايترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره. كما انه ليس من شأن هذا الاقرار فى ذاته ان ينقلب به القرار بقانون المذكور الى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين ان يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها واصدارها القواعد والاجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد والا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون .

وحيث انه لما كان ما تقدم ، وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المطعون عليه قد استهدف بتنظيمه التشريعى المترابط موضوعا واحدا قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة على ما سلف بيانه ، وكان العيب الدستورى الذى شابه قد عمه بتمامه لتخلف سند اصداره ، فانه يتعين الحكم بعدم دستوريته برمته .

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

رئيس المحكمة

وقد أوقف العمل بقانون الأحوال الشخصية رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك اعتبارا من تاريخ نشر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٦ / ٥ / ١٩٨٥ بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ .

الاجراءات

بتاريخ ١٨ مارس سنة ١٩٨٦ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبا الحكم بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ برمته شكلا ، وفى الموضوع الحكم بعدم دستورية مواد هذا القانون خاصة مادته الثالثة المعدلة للفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، وكذلك ما اضافته مادته الأولى الى ذلك المرسوم بقانون من نصوص هى المواد ٥ مكررا فى فقرتيها الأولى والثالثة و ١١ مكررا و ١٨ مكررا ثالثا و٢٣ مكررا فى فقرتيها الثانية والثالثة .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة دفعت فيها بعدم قبول الدعوى ، كما طلبت رفضها . وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث ان الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى ان المدعى عليها الرابعة كانت قد أقامت الدعوى رقم ١١٤١ لسنة ١٩٨٥ شرعى كلى الجيزة ضد المدعى بطلب تمكينها من الإستقلال بمسكن الزوجية المبين بالأوراق لحضانتها ابنها منه « هيثم » ومنع تعرضه لها فى ذلك . كما كانت المدعى عليها نفسها قد أقامت الدعوى رقم ١١٤٠ لسنة ١٩٨٥ شرعى كلى الجيزة بطلب الحكم لها قبل المدعى بمتعة تعادل

نفقة عشر سنين . وإذ دفع المدعى - فى الدعوى الماثلة - أمام محكمة الموضوع فى هاتين الدعويين كلتيهما بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض احكام قوانين الأحوال الشخصية ، وكانت محكمة الموضوع قد صرحت له برفع الدعوى الدستورية - بعد أن قدرت جدية دفعه - فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث انه بجلسة اربعة من يوليه سنة ١٩٩٢ حضر الأستاذ أمين صفوت المحامى وطلب قبول تدخله منضما الى المدعى فى طلباته فى شأن المادة ١٨ مكررا (ثالثا) المتعلقة بإستقلال الصغار وحاضنتهم بمسكن الزوجية .

وحيث ان المدعى ينعى على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار اليه - صدوره بالمخالفة للأوضاع الشكلية التى تطلبتها المادة ١٩٤ من الدستور ، على أساس ان مجلس الشورى وفقا لحكمها يختص بدراسة واقتراح ما يراه كفيلا بالحفاظ على المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا وتندرج تحته الأسرة التى نص الدستور فى مادته التاسعة على أنها أساس المجتمع ، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية بما مؤداه أن اغفال عرض القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار اليه على مجلس الشورى قبل تقديمه الى السلطة التشريعية لإقراره ، إنما ينحل الى إهدار لشكلية جوهرية لايقوم هذا القانون سوياً على قدميه بتخلفها .

وحيث ان الباب السابع من الدستور - المضاف بعد تعديله فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - تضمن احكاما جديدة خص الدستور بها مجلسا وليدا أنشأه لأول مرة هو مجلس الشورى ، وأفرده بها ، وبوجه خاص فيما يتعلق بإختصاصاته ، وكيفية تشكيله ، ومدة عضويته ، ومدى مسئولية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء أمامه ، وشروط حله . وقد حدد الدستور

إختصاص هذا المجلس فى مادتين هما المادتان ١٩٤ و ١٩٥ منه، وبهما أخرج الدستور من ولايته ممارسة الوظيفة التشريعية التى ينعقد الإختصاص بها لمجلس الشعب دون غيره ، وقصر مهمته على مسائل بذاتها يؤخذ رأيه فيها وأخرى يتولى دراستها مبدئيا وجهة نظره فى شأنها ، وفى هاتين الحالتين كلتيهما ، عين الدستور هذه المسائل تعيينا دقيقا ، وحددها حصرا مما مؤداه امتناع لا إضافه اليها أو التبديل فيها أو القياس عليها .

وحيث ان البين من هاتين المادتين ان أولاهما تتناول ولاية مجلس الشورى فى شأن المسائل الكفيلة بالحفاظ على ثورتى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ و١٥ مايو سنة ١٩٧١ ، وكذلك تلك المتعلقة بدعم الوحدة الوطنية وصون السلام الإجتماعى وحماية قوى الشعب العاملة فى تحالفها ومكاسبها الإشتراكية ، وإرساء المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا ، وضمان حقوق المواطن وحرياته وأدائه لواجباته العامة ، وتعميق النظام الإشتراكى الديمقراطى وتوسيع مجالاته . وتقتصر مهمة المجلس فى شأن هذه المسائل جميعها على دراستها وقوفا على جوانبها ، واستظهارا لوجهات النظر المتباينه فى مجالها ، وعرضها معززة بأدلتها مقرونة بما يراه صائبا منها محققا للمصالح التى قصد الدستور الى حمايتها . ولا تعدو مهمته بالتالى - فى نطاق دراسته للمسائل التى عينتها المادة ١٩٤ من الدستور - مجرد معاونة الدولة - من خلال سلطاتها المختلفة وتنظيماتها المتعددة - على ان تتخذ قراراتها فى شأن هذه المسائل محيطة بشتى زواياها ، واعية بآثارها الإيجابية وإنعكاساتها السلبية ، وذلك كله فى إطار من الموضوعية المنزهة عن الميل ، أو الإنحياز لوجهة نظر بذاتها لا تعززها الحقائق العلمية ، ومن ثم تنحل الدراسة التى يجريها مجلس الشورى للمسائل التى حددتها المادة ١٩٤ من الدستور ، الى غوص فى أعماقها تجلية لجوانبها المختلفة بلوغا لغاية الأمر فيها. وهى بعد دراسة يقوم بها المجلس غالبا بمبادرة من جانبه . وليس ثمة التزام

على أية جهة بطلبها منه . وهو يقر كذلك أولوياته فى مجالها ويستقل بتقدير مايراه ملحا منها . وقيمتها العملية لا خفاء فيها . لأنها تتناول مسائل لها خطرها بقصد اقتحام مشكلاتها ، والتوصل الى حلول واقعية لها توطئه للعمل بها كلما كان ذلك ممكنا ومفيدا . وبالتالى لا يعتبر عرض أى موضوع مما يندرج تحتها على هذا المجلس التزاما مترتبا بحكم الدستور ، وآية ذلك ان الدستور حرص على ان يفصل بصورة قاطعة بين مهمة المجلس وفقا لنص المادة ١٩٤ من ناحية ، وبين الولاية التى يباشرها فى إطار المادة ١٩٥ منه من ناحية أخرى ، مما مؤداه ان هاتين المادتين لا تختلطان بعضهما ، ولايجوز القول بإمتزاجهما ، إذ لو صح ذلك لأدمجهما الدستور فى مادة واحده يكون اختصاص مجلس الشورى فى شأن المسائل التى تندرج تحتها محيطاً بها جميعاً أياً كان نطاق هذا الإختصاص أو الأغراض التى يتوخاها ، وهو ما قام الدليل على نقيضه ، ذلك أن المادة ١٩٥ من الدستور قوامها ان يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا فى مسائل بذواتها غير التى حددتها المادة ١٩٤ منه ، ولها من الأهمية والخطر ما يقتضى ان يكون عرضها عليه كى يقول كلمته فيها ، أمرا محتوما . وتنحصر هذه المسائل فى كل إقتراح يكون متعلقا بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، وكذلك كل مشروع لقانون يكون مكملا للدستور ، وكل معاهدة يكون موضوعها صلحا أو تحالفا أو متعلقا بحقوق السيادة أو من شأنها التعديل فى النطاق الإقليمى للدولة ، وكل مشروع يتناول الخطة العامة للدولة فى مجال التنمية الإجتماعية والإقتصادية ، وكل مشروع قانون يحيله اليه رئيس الجمهورية ، بالإضافة الى أية موضوعات يحيلها رئيس الجمهورية اليه وتتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياستها فى الشئون العربية أو الخارجية . وهذه المسائل التى حددتها المادة ١٩٥ من الدستور يجمعها إن الدستور قدر حيوية المصالح المرتبطة بها ، وان اتخاذ قرار فيها قبل ان يدلى مجلس الشورى برأيه فى نطاقها بعد عرضها عليه تكتنفه محاذير واضحة مرجعها رجحان ان يصدر

هذا القرار متسرعًا أو مبتسرا . ومن ثم كان عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها وجوبيا بإعتبار ان ذلك شكلية جوهرية لا يجوز اهمالها أو التجاوز عنها ، بالنظر الى دقة المسائل التى عينتها المادة ١٩٥ وما يقتضيه بحثها من تعمق ، وبوجه خاص فى جوانبها المتعلقة بالتنمية فى مجالاتها المختلفة ، وبالحدود الإقليمية للدولة التى تمتد اليها سيادتها ، وبالشرعية الدستورية التى ترسى الدولة عليها دعائمها . متى كان ماتقدم ، وكانت مشروعات القوانين المكملة للدستور من بين المسائل التى يتعين عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل تقديمها الى السلطة التشريعية الأصلية ممثلة فى مجلس الشعب . فإن اقرار السلطة التشريعية لقانون مكمل للدستور دون اتباع هذا الإجراء لن يقيله من عثرة مخالفته للأوضاع الشكلية التى تطلبتها المادة ١٩٥ من الدستور ، ولن يرده بالتالى الى دائرة المشروعية الدستورية فى جوانبها الإجرائية ، إذ يعتبر القانون الصادر على خلافها مفتقرا الى مقوماته كإطار لقواعد قانونية اكتمل تكوينها ، ويقع من ثم مشوبا بالبطلان .

وحيث ان « القوانين المكملة للدستور » وان نص الدستور على حتمية عرض مشروعاتها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها ، إلا أن إيراد الدستور لهذه العبارة لم يقترن على ما يعين على إيضاح معناها بما لا خفاء فيه ، فحق على هذه المحكمة ان تبين المقصود بها قطعا لكل جدل حولها ، ولضمان ارساء العلاقة بين مجلس الشعب ومجلس الشورى على أسس ثابته تكفل مباشرة كل منهما لولايته فى الحدود التى رسمها الدستور لهما ، فلا يجور احدهما على الآخر مفتئتا على اختصاصاته الدستورية ، مقتحما دخومها ، وكان لا مقابل لعبارة « القوانين المكملة للدستور » فى الدساتير المصرية السابقة على الدستور القائم ، وليس ثمة اعمال تحضرية يمكن الإرتقاء اليها فى تجلية معناها ، ولا شبهة كذلك فى ان انبهامها آل الى

غموض المعايير التى يكل بها ضبطا لفحواها وتحريا لدلالتها ، وكان المشرع لازال عازفا عن التدخل فى هذا المجال سواء بإعتناق معيار منها أو بإبدالها بمعيار من عنده يمزج بينهما أو يقوم على أنقاضها ، إلا أن ذلك كله لايجوز ان يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها فى مجال اعمال النصوص الدستورية ، إذ هى التى تقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التى ابتغاها الدستور منها ، وبما يرد عنها الغموض ، بما مؤداه ان النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية ، وانه يتعين من ناحية أخرى ان يكون لكل منها مجال يعمل فيه ، متكاملا فى ذلك مع غيره من النصوص .. ومن المحقق ، فإن عبارة « القوانين المكملة للدستور » وإن كانت جديدة كل الجدة ، فريدة فى بابها ، ولا تعرفها الدساتير المقارنة ، إلا انها تحمل فى اعطافها ضوابط تحديد معناها ، ذلك ان الدستور من ناحية قد ينص فى مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعا معينا ، يتعين تنظيمه بقانون ، أو وفقا للقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون . بيد ان صدور قانون فى هذا النطاق لايدل بالضرورة - ومن ناحية أخرى - على أن أحكامه مكملة للدستور ، ذلك ان الموضوع الذى أحال الدستور فى تنظيمه الى القانون ، قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية ، وليس له من صلة بها ، بل يعتبر غريبا عنها وخارجا بطبيعته عن اطارها . ومن ثم لا يكفى لإعتبار تنظيم قانونى معين مكملا للدستور ان يصدر اعمالا لنص فى الدستور ، بل يتعين - فوق هذا - ان تكون احكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تتضمنها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة . فالقاعدة المتقدمة - وما يجرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها فى صلبها ، بإعتبار ان خلوها منها يجردها من كل قيمة ، فإذا اتصل بها تنظيم تشريعى قرر الدستور صدوره بقانون ، أو وفقا للقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون ، دل ذلك

على أن هذا التنظيم مكمل للدستور . ولا كذلك النصوص التشريعية التى لاتربطها سلطة عضوية بتلك القواعد الكلية ، كالقانون الذى يصدر اعمالا لنص المادة ١٤ من الدستور محددا أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبي ، والقانون الصادر فى شأن العفو الشامل على ما تقضى به المادة ١٤٩ من الدستور أو فى شأن تنظيم التعبئة العامة وفقا لنص المادة ١٤٩ من الدستور أو فى شأن تنظيم التعبئة العامة وفقا لنص المادة ١٨١ منه . فالتنظيم التشريعى الصادر فى الحدود المتقدمه ، ليس مرتبطا بأى قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة ، بل يفتقر هذا التنظيم الى العنصر الموضوعي الذى يدخل القانون الصادر به فى عداد القوانين المكملة للدستور ولازم ذلك ان شرطين يتعين اجتماعهما معا لإعتبار مشروع قانون معين مكملا للدستور ، أولهما : أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة فى مسألة عينها على ان يكون تنظيمها بقانون ، أو وفقا لقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون ، أو طبقا للأوضاع التى يقررها ، فإن هو فعل ، دل ذلك على ان التنظيم بلغ فى تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها ان يعهد به الى أداة أدنى . ثانيهما : أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على إحتوائها وإدراجها تحت نصوصها ، وتلك هى القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلو منها فى الأعم أى وثيقة دستورية ، والتى سيتعين كى يكون التنظيم التشريعي مكملا لها ان يكون محددا لمضمونها مفصلا لحكمها مبينا لحدودها ، بما مؤداه ان الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئى يتعين التحقق من توافره قبل الفصل فى أى نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لايعد مكملا للدستور ، إلا انه ليس شرطا كافيا ، بل يتعين لإعتبار المشروع كذلك ، أن يقوم الشرطين معا متضافرين استبعادا لكل مشروع قانون لاتربطه اى صلة بالقواعد الدستورية الأصيلة ، بل يكون غريبا عنها مقحما عليها . ودلالة اجتماع هذين الشرطين ان معيار تحديد القوانين المكملة

للدستور ، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها الى السلطة التشريعية ، ولا يجوز ان يكون شكليا صرفا ، ولا موضوعيا بحتا ، بل قوامه مزواجه بين ملامح شكلية ، وما ينبغى ان يتصل بها من العناصر الموضوعية ، على النحو المتقدم بيانه .

وحيث انه متى كان ذلك ، وكان قانون الأحوال الشخصية المطعون عليه ، لا يتناول موضوعا نص الدستور على ان يكون تنظيمه بقانون ، فإنه أى كان وجه الرأى فى شأن اتصال النصوص التشريعية التى تضمنها قانون الأحوال الشخصية بقاعدة دستورية بطبيعتها أو انفكاكها عنها ، فإن مراعاة الشكلية المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ من الدستور لا يكون واجبا من زاوية دستورية ، إذ يتعين دوما لإعتبار نص تشريعى مكملا للدستور - وعلى ما سلف بيانه - ان يكون قد تناول مسألة يعتبر موضوعها متعلقا بقاعدة دستورية بطبيعتها متى نص الدستور على ان يكون تنظيمها بقانون ، وهو ما تخلف فى واقعة النزاع الماثل ، الأمر الذى يكون معه النعى على القانون محل الطعن - من هذا الوجه - مفتقراً الى الدعامة التى يستند عليها حريا بالرفض .

وحيث ان المدعى يقرر كذلك ان الأحكام التى انتظمها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الثالثة المعدلة للفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار اليه - وكذلك اضافته مادته الأولى الى ذلك المرسوم بقانون من نصوص هى المواد ٥ مكررا فى فقرتيها الثانية والثالثة و ١١ مكررا و ١٨ مكررا و ١٨ مكررا ثالثا و ٢٣ مكررا فى فقرتيها الثانية والثالثة - جميعها معيبة بما يبطلها لمخالفتها المادتين الثانية والتاسعة من الدستور ، بالإضافة الى خروجها على قاعدة عرفية استقر عليه العمل حاصلها ان المسلمين لا يخضعون فى أحوالهم الشخصية لغير شريعتهم.

وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطا لقبول الدعوى الدستورية ، وان مناطها ان يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية لازما للفصل فى مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة - بأكملها أو فى شق منها - فى الدعوى الموضوعية ، فإذا لم يكن له بها من صلة ،كانت الدعوى الدستورية غير مقبوله . ومن ثم لا يكفى لقيام المصلحة الشخصية المباشرة التى تعتبر شرطا لقبول الدعوى الدستورية ، أن يكون النص التشريعى المطعون عليه مخالفا فى ذاته للدستور بل يتعين ان يكون هذا النص بتطبيقه على المدعى - قد أخل بأحد الحقوق التى كفلها على نحو ألحق به ضررا مباشرا . إذ كان ذلك ، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يغدو متصلا بالحق فى الدعوى ، ومرتبطا بالخصم الذى أثار المسألة الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها ، ومؤكدا ضرورة ان تكون المنفعة التى يقرها القانون هى محصلتها النهائية ، ومنفصلا دوما عن مطابقة النص التشريعى المطعون عليه للدستور أو مخالفته لقيوده ونواهيه ، ومستلزما ابدا ان يكون الفصل فى المسألة الدستورية موطئا للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع .

وحيث انه متى كان ما تقدم ، وكان المدعى ينعى على المواد ٥ مكررا بفقرتيها الأولى والثالثة و ١١ مكررا و ٢٣ مكررا بفقرتيها الثانية والثالثة التى اضافتها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مخالفتها للدستور ، وكانت دعويا الموضوع المقامتان من المدعى عليها الرابعة ضد المدعى - واللتان أثير فيهما الدفع بعدم الدستورية - قد توخيتا بإستقلالها وصغيرها منه بمسكن الزوجية حتى تنقضى حضانتها له بالإضافة الى القضاء لها قبله بمتعة تماثل نفقة مدة حددتها - فإن الفصل فى دستورية المواد ٥ مكررا بفقرتيها الأولى والثالثة

و١١ مكررا و٢٣ مكررا بفقرتيها الثانية والثالثة لن يكون لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المطروحة أمام محكمة الموضوع . إذ ليس لهذه المواد من صلة بتلك الطلبات ، بما مؤداه انتفاء ارتباطها بالمصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط قبول الدعوى الدستورية ومناطها - وأية ذلك ان أولى هذه المواد تقرر التزام المطلق بأن يوثق اشهار طلاقه ، وتحدد الآثار المترتبة على الطلاق وتاريخ سريانها أما ثانيتهما فغايتها ضمان اعلان كل زوجة على العصمة بالزواج الجديد وتقرير حقها فى طلب التطليق من زوجها ، وكذلك ضوابط حق الزوجة الجديدة فى طلبه ، وتبين ثالثتهما العقوبة الجنائية التى يتعين توقيعها على المطلق عند مخالفته الأحكام المنصوص عليها فى المادة ٥ مكررا المشار اليها . متى كان ذلك ، فإن المصلحة فى الطعن على المواد السالف بيانها ، تكون متخلفة .

وحيث ان المدعى ينعى على الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار اليهما - مخالفتها للدستور ، وذلك فيما تنص عليه من ان « تنتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين ان مصلحتهما تقتضى ذلك » .

وحيث ان البين من المذكرة الإيضاحية لهذا النص ان تتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار يدل على ان المصلحة هى فى استقرارهم حتى يتوافر لهم الأمان والإطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعوا من يد حاضنتهم ، وانه لايجوز للقاضى مد فترة الحضانة إلا أن تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة فى بقاء الحضانة بيد النساء ، وذلك مع التزام الأب بنفقة المحضون الذاتية مع طعام وكساء ومسكن وغير ذلك الى جانب ما يقضى به العرف أو مايقوم

مقامه ، مع حرمان الحاضنة من أجر الحضانة فى المدة التى تمتد اليها بإذن القاضى ، وبمراعاة ان الغاية التى توخاها المشرع بالفقرة الأولى من المادة ٢٠ - المشار اليها -هى منع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة بقصد النكاية دون رعاية لصالح الصغار ، وما يقتضيه الإستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وحسن تربيتهم ، وان السند الشرعى لهذه الأحكام هو مذهب الإمام مالك .

وحيث ان النعى بمخالفة الفقرة الأولى من المادة ٢٠ - المشار اليها - للدستور غير سديد ، ذلك ان ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مؤداه انه لا يجوز لنص تشريعى ان يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، فهذه الأحكام وحدها هى التى لا يجوز الإجتهاد فيها ، وهى تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا . ومن غير المتصور بالتالى ان يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها . وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها ، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ، ذلك ان المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، والا اعتبر ذلك تشهيا وإهداراً لما علم من الدين بالضرورة . وعلى خلاف هذا ، الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا ، ذلك ان دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد الى سواها ، وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على إختلافها تنظيما لشئون العباد بما

يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا . ولابد ان يكون هذا الإجتهاد واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها ، مقيما الأحكام العملية بالإعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المصالح العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث ان الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية ، غايتها الإهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته . و الأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التى لها الحق فى تربيته شرعا - الى جناحها بإعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن إنتزاعه منها - وهى اشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا - مضرة به ابان الفترة الدقيقة التى لايستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها ان يعهد به الى غير مؤتمن يأكل من نفقته ، ويطعمه نزرا ، أو ينظر اليه شزراً وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معروفا بابعادها ، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية - القطعية فى ثبوتها ودلالتها - لا تقيم لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزها ، إنطلاقا من ان تربية الصغير مسألة لها خطرها ، وأن تطرق الخلل اليها - ولو فى جوانبها - مدعاة لضياع الولد . و من ثم تعين ان يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على مصلحته ، ودفع المضرة عنه ، بإعتبار ان مدار الحضانة على نفع المحضون وان رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره ، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمخض عن حق للصغير، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ، ويعهد اليها بأمره . ولولى الأمر بالتالى ان يقدر ما يراه خير للصغير وأصلح له ، بمراعاة ان حقه فى الحضانة لا يعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها ، وان ما يصون استقراره النفسى ويحول دون ايذائه ويكفل تقويمه ، من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة فيها ، وأن النزول

عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة اليها . بل ان من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها - بإفتراض اجتماع شروطها فيها - كلما كان ذلك ضروريا لصيانة الصغير وحفظه . وقد دل الفقهاء - بإختلافهم فى زمن الحضانة - وهى الفترة الواقعة بين بدئها وإنتهاء الحق فيها - على ان مصلحة الصغير هى مدار احكامها ، وانها من المسائل الإجتهادية التى تتباين الآراء حولها ، كل من وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير فى إطار من الحق والعدل . ولئن كان المتقدمين لا يقدرون للحضانة مدة معينة تنتهى بإنتهائها وإنما يركنون الى معايير مرنة بطبيعتها ضابطها هو إنتهاؤها عند السن التى يبلغها الصغير أو الصغيرة مميزين قادرين على الوفاء بحاجاتهما الأولية مستغنيين تبعا عن خدمة النساء ، وكان آخرون من بعدهم قد حددوا للحضانة سنا معينة تنتهى ببلوغها قطعا لكل جدل حولها ، الا ان استقراء أقوال هؤلاء وهؤلاء يدل على أن إجتهاداتهم فى شأن واقعة انتهاء الحضانة ، مدارها نفع المحضون - صغيرا كان أم صغيرة - ويتعين بالتالى ان يصار الى كل ما يصلحه ويكفل وقايته مما يؤذيه ، وتربيته إنماء لمداركه ولإعداده للحياة ، وبوجه خاص من النواحى النفسية والعقلية، وكان الأصل فى حضانة الصغير والصغيرة - على ما تقدم - هو تعهدهما بالرعاية بما يحول دون الإضرار بهما ، تعين ألا يكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ فى إعتبارها تغير الزمان والمكان ، أو تغفل فى مجال تطبيقها ما يقتضيه التمييز فى نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر الى طبيعة كل منهما ، وخصائص تكوينه ، ودرجة احتياجه الى من يقوم على تربيته وتقويمه ، وما تتطلبه الذكورة والأنوثة من تنمية ملكاتهما . وفى ذلك قدر من المرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دوما للتطور ، توخيا لربطها بمصالح الناس وإحتياجاتهم المتجددة ، وأعرافهم المتغيرة ، والتى لا تصادم حكما قطعيا ، وهى مرونة ينافيها ان يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد بإجتهاده عند لحظة زمنية معينة

تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها ، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومنابتها ، وشريعة مرنة غير جامدة يتقيد الإجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول الى حكم فيما لا نص عليه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها . ولئن صح القول بأن أهمية الإجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ودقته ، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الإجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية وهو ما نحاه النص التشريعى المطعون فيه ، ذلك ان السن الإلزامية للحضانة التى حددها - وهى عشر سنين للصغيرة وإثنتا عشرة سنة للصغيرة - لاتعدو ان تكون تقريرا لأحكام عملية فى دائرة الإجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية ، اذ ليس ثمة نص قطعى فيها - فى ثبوته ودلالته - يقرر للحضانة سنا لا يجوز لولى الأمر ان يتخطاها ، وإنما مرد الأمر فى تعيينها الى ما يترخص ولى الأمر فى تقديره مقيدا فى ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وادعى لتحقيقها ، وبما يحول دون إعناته . وهو فى ذلك لا يصدر عن نظره تحكمية ، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها ان مصلحة المحضون لازمها عدم ترويعه بإنتزاعه من حاضنته ، بما يخل بأمنه وإطمئنانه ويهدد استقراره ، وأن وجود الولد - ذكرا كان أو أنثى - فى يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة ، أو بعد بلوغها - حين يقرر القاضى ان المصلحة تقتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج - لا يغل يد والدهما عنهما ، لا يحد من ولايته الشرعية عليهما ، وكان النص المطعون عليه قد تناول أمورا تنظيمية ، وتقرر لمصلحة مشروعة يستجلبها ، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونه بذهابهم الى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلا غير زمن ، وأن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها ، وكان النص التشريعى المطعون عليه قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية ، غير مناقض لمقوماتها الأساسية ، واقعا فى نطاق توجيهاتها العامة التى تحض على

الإجتهاد فى غير أحكامها القطعية فى ثبوتها ودلالتها . وإذ كان ذلك ، فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان ما قررته المادة ١٨ مكررا ثالثا - التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من إلزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا ، إنما يدور وجودا وعدما مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة ٢٠ المطعون عليها ، فحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية إعمالا للمادة ١٨ مكررا ثالثا المشار اليها ، يعتبر منقضيا ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة ، متى كان ذلك ، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد « هيثم » - ابن المدعى من مطلقته - وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - انه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية ، ولم يعد لحاضنته بالتالى ان تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها ، بما مؤداه إنتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام التى تضمنتها المادة ١٨ مكررا ثالثا آنفة البيان . ولا ينال مما تقدم قالة ان للقاضى ان يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة بإبقاء الصغير فى رعايتها حتى الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين ان مصلحتهما تقتضى ذلك ، ذلك ان مايأذن به القاضى على هذا النحو ، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الإلزامية ، بل منصرفاً الى مدة استبقاء تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها . وليس للحاضنة بالتالى ان تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التى شملها هذا الإذن ذلك أن مدة الحضانة التى عناها المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثا - والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها

من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية - هى المدة الإلزامية للحضانة على ماتقدم ، و غايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة . وببلوغها يسقط حقها فى الإستقلال بمسكن الزوجية ليعود اليه الزوج المطلق منفردا فى الإنتفاع به إذا كان له إبتداء أن يحتفظ به قانونا . ولا محاجة فى القول بأن مجرد توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية يعتبر كافيا لقبولها ولو قام الدليل على تخلفها قبل الفصل فيها ، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن توافر شرط المصلحة فى الدعوى عند رفعها ، ثم تخلفه قبل ان تصدر حكمها فيها ، مؤداه زوال هذه المصلحة ، وذلك أيا كانت طبيعة المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها فى شأنها .

وحيث انه عن طلب التدخل الإنضمامى ، فإنه لما كانت الخصومة فى هذا الطلب تعتبر تابعة للخصومة الأصلية ، وكان قضاء هذه المحكمة فى الدعوى الماثلة قد خلص الى إنتفاء مصلحة المدعى فيها فى الطعن بعدم دستورية حكم المادة ١٨ مكررا ثالثا سالفة البيان - فإن عدم قبول الدعوى الدستورية فى هذا الشق منها يستتبع بطريق اللزوم انقضاء طلب التدخل الإنضمامى ، وهو ما تقضى به المحكمة .

وحيث ان المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة اليه بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار اليهما - تنص على أن الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها ، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز ان يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط».

وحيث إنّ المدعي ينعى على هذا النص مخالفته أحكام الشرعية الإسلامية على سند من أن المتعة لا تستحق للمطلقة إلا بشروط ثلاثة هي ألا يسبق الإتفاق على مهرها وألا يدخل زوجها بها وألا يختلي بها خلوة صحيحة قبل طلاقها - هذا الى أن نفقة العدة هي المقصودة بالمتعة . وهي كذلك أجر لزواج محرم هو الزواج الموقوت . فضلا عن أنها تقيد الحق في الطلاق المعتبر خالصا للزوج . ولا يعدو تقريرها أن يكون شرطا جزائيا مترتبا على إيقاع الطلاق في ذاته . ولا تعرف الشريعة الإسلامة حدا أدنى لها .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن أصل تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التي تعددت مواضعها ، منها قوله تعالى ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ﴾ التي نحا الشافعي في أحد قوليه وكذلك الظاهرية الى وجوبها ، وأيدهم في ذلك آخرون بإعتبار ان « حقا » صفة لقوله تعالى « متاعا » وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها . هذا بالإضافة الى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل ، وسريانه على كل مطلقة سواء كان طلاقها قبل الدخول بها أم بعده ، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها . وجماهير الفقهاء على استحبابها بمقولة افتقارها الى أمر صريح بها . كذلك فإن تقرير المتعة وجوبا أظهر في آية أخرى إذ يقول تعالى في المطلقة غير المفروض لها ولا مدخول بها ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ بمعنى أعطوهن شيئا يكون متاعا لهن . والأمر بالإمتاع فيها ظاهر ، وإضافة الإمتاع اليهن تمليكا - عند من يقولون بوجوبها - لا شبهة فيه . وإنصرافها الى المتقين والمحسنين لا يدل على تعلقها بهم دون سواهم بل هو توكيد لإيجابها بإعتبار أن الناس جميعا ملزمون بالإمتثال الى أمر الله تعالى وعدم الإنزلاق في معاصيه .

وحيث إن البين من استقراء أقوال الفقهاء فى شأن دلالة النصوص القرآنية الوارد فى شأن « المتعة » أنهم مختلفون فى نطاق تطبيقها من ناحية وفى وجوبها أو استحبابها من ناحية أخرى ، وما ذلك إلا لأن هذه النصوص نية فى دلالتها ، غير مقطوع بمراد الله تعالى منها ، وجاز لولى الأمر بالتالى الإجتهاد فيها تنظيما لأحكامها بنص تشريعى يقرر أصل الحق فيها ، ويفصل شروط استحقاقها بما يوحد تطبيقها ، ويقيم بنيانها على كلمة سواء ترفع نواحى الخلاف فيها ولا تعارض الشريعة فى أصولها الثابتة أو مبادئها الكلية .

وحيث إن النص التشريعي المطعون فيه شرط لإستحقاق المتعة شرطين أولهما : أن تكون المرأة التى طلقها زوجها مدخولا بها فى زواج صحيح . وثانيهما : ألا يكون الطلاق برضاها أو من جهتها ، وهما شرطان لا ينافيان الشريعة الإسلامية سواء فى ركائزها أو مقاصدها ، ذلك أن تشريع المتعة يتوخى جبر خاطر المطلقة تطبيبا لنفسها ولمواجهة إيحاشها بالطلاق ، ولأن مواساتها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الإسلامية ، والتى دل العمل على تراخيها لاسيما بين زوجين انقطع حبل المودة بينهما . ولا كذلك المرأة التى تختار الطلاق أو تسعى اليه ، كالمختلعة والمبارئة ، أو التى يكون الطلاق من قبلها بما يدل على أنه ناجم عن إساءتها أو عائد الى ظلمها وسوء تصرفها ، إذ لا يتصور - وقد تقررت المتعة إزاء غم الطلاق - أن يكون إمتاعها - فى طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها - تطبيبا لخاطرها ، ولا أن يصلها زوجها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق . وما قرره المدعى من أن المتعة لا تستحق إلا للمرأة غير المدخول بها قبل طلاقها ، مردود بأن الله تعالى ناط بعباده المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التى فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفته ، بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا يتمحض معروفا بما مؤداه استحقاقها الإمتاع ، ولو كان ذلك بعد الدخول بها ،

كذلك فإن أمهات المؤمنين المدخول بهن ، هن اللاتى عنتهن الآية الكريمة التى يقول فيها سبحانه ﴿ يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ﴾ . وماقرره النص التشريعى المطعون عليه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية مستلهما بذلك فى أسس تقديرها قوله تعالى ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ ومستبعدا الآراء التى تقيسها على المهر وتراعى فيها حال الزوجة بالتالى ، ومقررا حدا أدنى لها فى إطار التكافل الإجتماعى لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولى الأمر لازما لتمتيعها بعد طلاقها دون رضاها ، ومن غير جهتها ، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينتها ، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة احتمالها ، وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وانقطاع المودة ، فحق ألا يكون أدناها متناهيا فى ضآلته صونا للحكمة من تشريعها لاسيما ان من الفقهاء من حدد أدنى ما يجزئ فيها ، ومنهم من حدد أرفعها وأوسطها . و ليس فى النصوص القرآنية ما يفيد ان الله تعالى قد قدرها أو حددها ، بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتبرة شرعا . ولئن كان النص التشريعى المطعون عليه لا يورد حدا أقصى لتلك المعونة المالية التى يقدمها الرجل لمن طلقها ، إلا أن ذلك أدخل الى الملاءمة التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية ، ولا يجوز ان تخوض فيها ، لا سيما ان من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمتعة عندهم حد معروف لا فى قليلها أو كثيرها . كذلك فإن أمر تقديرها فيما يجاوز حدها الأدنى موكول الى المحكمة المختصة تجيل فيه بصرها معتمدة فى تحديد مبلغها على أسس موضوعية لا تفرضها تحكما أو إعناتا ، من بينها ان يكون هذا التحديد دائرا مع حال مطلقها يسرا وعسرا ، إذ هى متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها . و المتقون الممتثلون الى الله تعالى الطامعون فى مرضاته مدعوون اليها ، بل ومطالبون بها ، بإعتبارها أكفل للمودة ، وأدعى لنبذ

الشقاق وإقامة العلائق البشرية على أساس من الحق والعدل . كذلك فإن اعتداد النص التشريعي بمدة الزوجية وظروف الطلاق في مجال تقدير المتعة الواجبة ، لا يتوخى فرض قيود غير مبررة على الحق في الطلاق ، وإنما قصد المشرع - بإضافة هذين العنصرين الى حال المطلق يسرا وعسرا - أن تكون المعونة المالية التي تتبلور المتعة في مبلغها ، واقعية قدر الإمكان بما لا إفراط فيه أو تفريط ، وهو ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق بما لايناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة ، أولا : بعدم قبول الدعوى بالنسبة الى الطعن بعدم دستورية نصوص المواد ٥ مكررا بفقرتيها الأولى والثانية و١١ مكررا و١٨ مكررا ثالثا و٢٣ مكررا بفقرتيها الثانية والثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية . ثانيا : برفض الدعوى بالنسبة الى الطعن على المادتين ١٨ مكررا و ٢٠ فقرة أولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار اليهما وبمصادرة الكفالة ، وألزمت المدعي المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

الإجراءات[1]

بتاريخ الثامن من مارس سنة ١٩٨٦ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا (ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة دفعت فيها (أصليا) بعدم قبول الدعوى ، كما طلبت (إحتياطيا) رفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة ، كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ مدنى كلى مساكن الإسكندرية ضد المدعى ، بطلب تمكينها وابنته منه - المحضونة لها - « بجلاء » من مسكن الزوجية المبين بالأوراق ، وبجلسة ١٩٨٥/١٠/١٥ - المحددة لنظر تلك الدعوى - دفع المدعى بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

---

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١/٦ منشور بالجريدة الرسمية العدد ٣ يناير ١٩٩٦ ص٥٨ .

بعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وبجلسة ١٠/١٢/١٩٨٥ صرحت محكمة الموضوع للمدعى - بعد تقريرها لجدية دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية ، فرفعها .

وحيث ان المدعى ينعى على المادة (١٨) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار اليهما - مخالفتها للمادتين (٢ ، ٣٤) من الدستور ، تأسيسا على أن الإسلام - وفقا لنص المادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة ، وأن الشريعة الإسلامية - فى مبادئها - هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعى - لا يجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه ، ذلك أن الحق فى الطلاق مكفول لكل زوج عملا على أحوال المسلمين بإفتراض صلاحهم وتقواهم ، وهم لا يمارسون هذا الحق انحرافا ، أو التواء ، أو إضرارا ، بيد أن النص المطعون فيه ، صاغ القواعد التى قررها . ممالأة منه لفئة لا تعنيها إلا مصالحها الضيقة التى لا يحميها الشرع، محملا من يباشرون ذلك الحق - وبقصد تقييده - بأعباء مالية ونفسية تدفعهم الى العدول عنه ، ولو قام موجبه ، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية ، ولا يلجأ الزوج اليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأبا لصدعها - مستحيلا أو متعذرا ، بما مؤداه ان النص المطعون فيه لا يبلور إلا تيارا دخيلا يتوخى هدم الحقوق لإعمالها ، توهما لخصومة بين طرفين ، وإهدارا لقوامة الرجل على المرأة ، وإنفاذا لمساواة مغلوطة بينهما ، وإنحيازا لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين ، وتهوينا لإستقرار الأسر داخل مجتمعها بقصد إضعافها ، وتقييدا لأزمة طاحنة فى الإسكان ، بدلا من الحد منها تخفيفا لوطأتها بعد أن استعر لهيبها ، و نشأ عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفا من قبل ، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره من مطلقته سكنا مناسبا ، إلا تكليفا بمستحيل فى ظل أزمة الإسكان

هذه التى تحول بضغوطها - التى عمقها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق فى الطلاق ليغدو وهما ، يؤيد ذلك ان حمل المطلق على التخلى عن مسكن الزوجية ، بعد أن أعده مستنفداً كل ما أدخره ، ناهيك عن الديون التى ما زال يرزح تحتها ، يعنى ان يصبح هائما شريدا .

وكان من المفترض - وقد التزم شرعا بالإنفاق على صغاره - ان تكون نفقتهم مبلغا من المال ، غير ان النص المطعون فيه ، إستعاض عن تمليكها بالتمكين منها ، مخالفا بذلك ما كان عليه العمل من قبل ، متجاهلا حدة أزمة الإسكان ، وهو ما قام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التى أقرها ، على حل رابطة الزوجية بالطلاق دون غيره من فرق النكاح ، فكان عقابا باهظاً واقعا على المطلق ، محملا اياه بأعباء ينوء بها ، متمحضا إضرارا منهيا عنه شرعا ، لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ، ولا مولودٌ له بولده ﴾ ،وهو ما يعنى ان الولد لا يجوز سببا لإلحاق الضرر بأبيه ، وقد كان هو سببا لوجوده ، ليكون استقلال الصغار من دونِ أبيهم بمسكن الزوجية ، إثما وبغيا .

وفضلا عما تقدم ، فقد أخل النص المطعون فيه بحرمة الملكية ، ذلك أن صغار المطلق يستقلون من دون أبيهم بسكناه ، ولو كانت عينا يملكها ، ليحرم من الإنتفاع بها ، وإلى أن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا بديلا عنها ، فى الآجال التى ضربها المشرع .

وحيث ان المادة ١٨ مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على مايأتى :

(على الزوج المطلق ان يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة ، إستمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة) .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ، ويخير القاضى الحاضنة بين الإستقلال بمسكن الزوجية ، وبين ان يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ، ولها .

فإذا إنتهت مدة الحضانة ، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده ، إذا كان من حقه الإحتفاظ به قانونا .

وللنيابة ان تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار اليه ، حتى تفصل المحكمة فيها .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ان يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، والمطروحة على محكمة الموضوع ، متى كان ذلك ، وكانت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص ، تكفلان لصغار المطلق وحاضنتهم ، الإستقلال بمسكن الزوجية فى الآجال والأحوال المبينة بهما ، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون فيه المحل متعددا ، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينها ، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيها - بإفتراض استيفاء كل منها للشروط التى تطلبها القانون فيه - سواء أكان الخيار للمدين - وهذا هو الأصل عملا بنص المادة ٢٧ من القانون المدنى - أم كان الخيار للدائن بناء على اتفاق فيما بين العاقدين ، أو إنفاذا لنص فى القانون ، مثلما هو مقرر فى الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه ، التى تخول الحاضنة - وبإفتراض نيابتها عن المحضونين - الخيار بين الإستقلال بمسكن الزوجية ، و بين أن يقدر القاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها ، وهو ما يفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر ، وطلبها مسكن الزوجية ، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى

في الطعن على المادة ١٨ مكررا ثالثا - المشار اليها - بفقراتها الثلاث دون غيرها .

ذلك أن فقرتها الرابعة ، تخول المطلق ان يعود بعد انتهاء حضانة صغاره الى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الإحتفاظ به قانونا ، وهو ما يتمحض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لا تفصل في موضوع الحقوق المدعى بها ، ولكن في منازعات الحيازة التي يكون مسكن الزوجية مدارها ، ليكون قرار النيابة في شأنها وقتيا ، فاصلا فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهرة الأمر فيها ، وهو ما تراجعه فيه المحكمة ذات الإختصاص للفصل في ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين ، دون إخلال بأصل الحق المردد بينهما .

وحيث أن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب، المعقودة في أول يوليو سنة ١٩٨٥ ، أن آراء عديدة ابداها رئيس المجلس واعضاؤه في شأن نص المادة ١٨ مكررا ثالثا ، سواء بتأييد مشروعها ، أو الإعتراض على بعض جوانبه لتقييده .

وقد رفض المجلس بوجه خاص اقتراحين قدما اليه ، أولهما - ألا يستقل صغار المطلق وحاضنتهم بمسكن الزوجية من دونه إذا كان لها مسكن تقيم فيه ، أو كان للصغار مال يكفيهم للإنفاق منه لتدبير مسكن يضمهم مع حاضنتهم ، وثانيهما - أن يختص كل من المطلق وصغاره بجزء مستقل من مسكن الزوجية توفيقا بين مصالحهم ، ودفعاً لتعارضهما وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه إن وقوع الطلاق يثير فيما بين الزوجين نزاعا حول مسكن الزوجيه ، وهل يخلص لصغار المطلق وحاضنتهم ، أم لأبيهم من دونهم بإعتباره المتعاقد عليه ، وأن ما قرره بعض الفقهاء من أن على ابيهم سكناهم جميعا إذا لم يكن لمن لها إمساكهم ، مسكن ، يعني ان لحاضنتهم أن تستقل معهم - بعد الطلاق - بمسكن الزوجية المؤجر لأبيهم المطلق ، إلا

إذا هيأ لهم مسكنا مناسبا يقيمون فيه ، ليعود الى المطلق بعد إنتهاء حضانتها ، أو بعد زواجها ، إذا كان من حقه ابتداء الإحتفاظ به قانونا .

وحيث ان الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ما تشتمل عليه - الحقوق التى كفلها الدستور ، وأهدرها النص المطعون فيه ضمنا ، سواء كان الإخلال بها مقصودا ابتداء ، أم كان قد وقع عرضا .

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك ، على ان مانص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من ان مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية ان تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى ان يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، بإعتبار ان هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الإجتهاد فيها ممتنعاً ، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادؤها الكلية ، وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا .

ومن غير المتصور بالتالى ان يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ، ولا يجوز الخروج عليها ، أو الإلتواء بها عن معناها ، وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها ، على مراقبة التقيد بها ، وتغليبها على قاعدة قانونية تعارضها ، ذلك أن المادة الثانية من الدستور ، تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام ، وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، والا إعتبر ذلك تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة ، ولا كذلك الأحكام

الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً ، ذلك ان دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ، ولا تمتد لسواها ، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ، ولمواجهة النوازل على إختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على ان يكون الإجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ، ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحريا مناهج الإستدلال على الأحكام العملية ، و القواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث ان البين من إستقراء الأحكام التى بسطها الفقهاء فى شأن النفقة – سواء كان سببها عائدا الى علائق الزوجية ، أم الى القرابة فى ذاتها – وأيا كان نوعها – بما فى ذلك ما يقوم من صورها بين الأصول والفروع ، أنهم إختلفوا فيما بينهم فى عديد من مواضعها ، إما لخفاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها ، وإما لتباين طرائقهم فى استنباط الأحكام العملية – فى المسائل الفرعية والجزئية التى يدور الإجتهاد حولها – من النصوص وأدلتها ، والترجيح بينهما عند تعارضها ، إختيارا لأصحها وأقواها وأولاها ، وهو ما يفيد ان النفقة بمختلف صورها ، وفى مجمل احكامها – وفيما خلا مبادئها الكلية – لا ينتظمها نص قطعى يكون فاصلا فى مسائلها .

وحيث ان النفقة شرعا هى الإدرار على الشئ بما فيه بقاؤه ، وهى فى أصل اشتقاقها تعد هلاكا لمال من جهة المنفق ورواجا لحال من جهة المنفق عليه ، ويشمل مصطلحها كل صورها من انفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع ، لأن فيها معنى إخراج مال لإيفائهم حاجتهم ، وصونها .

ولاينال من ذلك قول أهل اللغة أيضا ، بأنها ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم فإنه بيان لحقيقة مدلولها وعلى تقدير ان مسكن الصغار من مشمولاتها .

وإذا كان الأصل ان يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته ليوفر لها احتياجاتها ، ويعينها على التفرغ لواجباتها جزاء لإحتباسها لمصلحة تعود عليه، وكان من المقرر كذلك أن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها - إذا منعها مؤنتها - ما يكفيها هي وأولادها منه معروفا ،وبغير إذنه ،و كانت علاقة المرء بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد ليس إلا زرع ابيه ، بل هو من كسبه وجزؤه ، وبعض منه ، واليه يكون منتسبا ، فلا يلحق بغيره .

وهذه الجزئية أو البعضية ، مرجعها الى الولادة ،وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض ، ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلا ثابتا لا جدال فيه ، بحسبان ان قرابتهم منه مفترض وصلها ، محرم قطعها بالإجماع ، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة ، بل هيَ من ابوابها بإعتبار ان الإمتناع عنها مع القدرة على إيفائهم - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض الى تفويتها ، فكان الإنفاق عليها واجبا ، فلاتسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها ، بل عليهم موالاة شئون أبنائهم ، العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم ، مما يهلكها أو يضيعها .

وهم كذلك مسئولون عن تكميل نفقتهم ، إذا كانوا يتكسبون ، ومابرحوا عاجزين عن إتمامها ، فلا يمنعهم الآباء ما يستحقون ، إعمالا لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام (كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول) ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة ، وبقدر ما يكون لازما منها لضمان كفايتهم على ضوء مايليق بأمثالهم ، فلا تكون إقتارا، ولاإسرافا زائدا عما إعتاده الناس، ولاتستطيل بالتالي الى ما يجاوز إحتياجاتهم عرفا .

بل إن من الفقهاء من إستدل على وجوبها على الآباء ، من أنهم كانوا فى الجاهلية يقتلون أولادهم خوفا من الإملاق ، وما كانوا ليخافوه لولا أن نفقتهم عليهم ، فنهاهم الله تعالى عن قتلهم .

ومن ثم قيل بأمرين : أولهما - إن الإخلال بنفقتهم يكون مستوجبا حبس من قصر فى أدائها ممن التزم بها ، بإعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء فى بدنها ، أو عقلها ، أو عرضها ، ثانيهما - انه إذا كان للصغار مال حاضر ، فإن نفقتهم تكون فى أموالهم ، ولاشأن لأبيهم بها ، فإذا كان ما لديهم من مال لا يكفيها ، أو لم يكن لديهم مال أصلا ، إختص ابوهم من دونهم بتكملتها ، أو بإيفائها بتمامها ، فلا يتحمل غيره بعبئها .

وحيث إن المدعى لا ينازع فى أصل الحق فى نفقة صغاره ، ولا شرط فى استحقاقها ، ولا فى ان نفقتهم غير مقدرة بنفسها ، بل بكفايتها ، وإنما يدور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التى فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق ، قولا بأن هدفها الحد من الحق فى الطلاق ، وأن إعناتها يتمثل فى إلزامهم إسكان صغارهم من مطلقاتهم ، بدلا عن أجرة المسكن التى كان العمل بها جاريا قبل نفاذ النص المطعون فيه ، بما مؤداه أن «عينية» نفقتهم « لا مبلغها » هى مدار دعواه هذه ، وان الفصل فى دستورية النص المطعون فيه يتحدد على ضوئها ، « ونطاق تطبيقها » .

وحيث إن إنكار حق صغار المطلق فى إقتضاء نفقتهم تمكينا ، مردود أولا : بأن القاضى وإن كان يقدرها فى ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (المادتان ٥ ، ٦ منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل عناصرها جميعا ، بما فيها السكنى ، إلا أن من المقرر فى قضاء المحكمة

الدستورية العليا ، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لا تحمل فى ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها ، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا - فى وروده ودلالته - وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد ، وأحفل بشئونهم ، وأكفل لمصالحهم الحقيقيه التى تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها ، فذلك وحده طريق الحق والعدل ، وهو خير من فساد عريض .

ومن ثم ساغ الإجتهاد فى المسائل الإختلافية التى لا يجوز ان تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها .

وليس الإجتهاد إلا جهدا عقليا يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، وهو بذلك لا يجوز ان يكون تقليدا محضا للأولين ، أو افتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما ، أو عزوفا عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم .

وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه ، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده ، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية ، إذ هى غير منغلقة على نفسها ، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها ، ولا تحول دون مراجعتها ، وتقييمها وإبدالها بغيرها .

فالآراء الإجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعدية لغير القائلين بها ، ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعا ثابتا متقررا لا يجوز أن ينتقض وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى ، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل إجتهاد ، بل أن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيبا ، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من إجتهاد غيره ، وربما كان أضعف الآراء سنداً أكثر ملاءمة للأوضاع المتغيرة

ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا ، ولكن جاز القول بأن الإجتهاد فى الأحكام الظنية ، وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - حق لأهل الإجتهاد ، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولى الأمر يستعين عليه - فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر فى الشئون العامة، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوماً أن اجتهادات السابقين ، لا يجوز ان تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لإستمداد الأحكام العملية منها ، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها ، وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة ، بما يرد الأمر المتنازع عليه الى الله ورسوله ، مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هى التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها ، وهى بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها ، أو تنحصر تطبيقاتها ، ولكنها تتحدد - مضموناً ونطاقاً - على ضوء أوضاعها المتغيرة .

وليس ذلك إلا إعمالا للمرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور ، والتى ينافيها أن يتقيد ولى الأمر فى شأنها بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد بإجتهاده بصددها ، عند لحظة زمنية معينة ، تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها .

وتلك هى الشريعة الإسلامية فى أصولها ومنابتها ، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود لا يتقيد الإجتهاد فيها - وفيما لا نص عليه - بغير ضوابطها الكلية ، وبما لا يعطل مقاصدها .

ومردود ثانيا : بأن كلمة النفقة عند إطلاقها ، تفيد انصرافها الى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى وتوابعه ، بإعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه .

والأصل فيها أن تكون عينا ، فلا يصار حق الصغار بشأنها الى مايقابلها نقدا - بإعتباره عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذرا .

وليس معروفا ان يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكا معلوم القدر والصفة ، بل يتعين ان يكون تمكينا يعينهم على أمر حوائجهم ، ليوفيها دون زيادة أو نقصان .

وهذا الأصل قائم على الأخص فى مجال العلائق الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام (أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسبون) ، وهو مقرر كذلك فى الزكاة لوقوعها فى عين أموالها لقوله عز وجل ﴿ خذ من أموالهم صدقه تطهرهم وتزكيهم بها ﴾ .

واستصحابا لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها سواء كان طلاقها من زوجها رجعيا أو بائنا ، ذلك أن طلاقها رجعيا ، يعنى أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة ، وأن بقاءها فى بيته قد يغريه بإرجاعها اليه استئنافا لحياتهما ، فإن كان طلاقها منه بائنا ، فإن مكثها فى منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك فى الحالتين ، إلا أن تأتى عملا فاحشا .

وقد أحال الله تعالى المؤمنين فى كفاراتهم الى عاداتهم قائلا ﴿ فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ﴾ .

متى كان ذلك ، وكان الحق هو الحسن شرعا ، و الباطل هو القبيح شرعا فإن تقرير حق الصغار فى نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيها ، لايكون التواء عن الشرع ، و لا ضلالا يقابل الحق ويضاده .

ومردود ثالثا : بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين ، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد جلبا لنفعهم ، أو رفعا للحرج عنهم ، بإعتبار ان مصالحهم هذه لاتنحصر جزئياتها ، وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعي على إعتبارها أو إلغائها .

وإذا لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار في نفقاتهم أو المطل في أدائها - فيما إذا كان قدرها محددا مبلغا من النقود - ماقد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها يقبلونهم على مضض ، أو يصونهم ، يضيقون بهم ذرعا ، أو يعرضون عنهم ، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم ، فقد بات حقا وواجبا ، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلما بينا ، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبينا اقتضائها مستلهما أن الأصل في الضرر أن يزال فلا يتفاقم ، وأن الضرر لا يكون قديما ، فلا يتقادم ، وأن القرابة القديمة ينبغي وصلها ، والقبول بأهون الشرين في مجالها توقيا لأعظمها .

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضي مبلغا من النقود الى عين محقق وجودها ، هي تلك التي كانوا يشغلونها مع أبويهم قبل طلاق أمهم ، ليصل حقهم متصلا بها لا يفارقونها ، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكنا متاسبا بديلا عنها .

ولا منافاة في ذلك في الشريعه الإسلاميه سواء في مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية ، بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة ، بما يرعى جوهر علاقتهم بعضهم ببعض ، فلا يقوض بنيانها .

ومردود رابعا : بأن ما قرره المدعي من أن المطلق يتعذر عليه ان يوفر سكنا لصغاره وحاضنتهم إزاء حدة أزمة الإسكان ، وعمق تداعياتها ، يعني أن تقدير نفقتهم مبلغا من النقود مشتملا على سكناهم ، لم يكون كافيا

لتهيئتها ، إذ لو كان بوسعهم استيفاء حقهم من السكنى من خلال أجر مسكن يحصلون عليه من أبيهم ، لكان الإعتراض على عينية نفقتهم لغوا.

وحيث إن عينية النفقة على ما تقدم،لا تفيد لزوما انتفاء القيود اللازمة لضبطها ، ولا تحول بالتالى دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية فى شأن مضمون الحقوق التى خولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم ، للفصل فى إتفاقها مع الدستور ، أو خروجها عليه.

وحيث أن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه ، صريحتان فى إستقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية ، فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكنا ملائما يضمهم جميعا .

بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما ، يدل على تبنيهما تمييزا تحكميا بين فئتين من المطلقين : ذلك أنه بينما تلتزم إحداهما - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكنا مناسبا خلال فترة زمنية لا تجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم ، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية ، لا يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم مسكنا مناسبا يفيئون اليه ، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم ، لا يتقيدون فى ذلك بزمن معين .

وحيث إن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منطويا على تقسيم أو تصنيف ، أو تمييز من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض ، أو عن طريق المزايا ، أو الحقوق التى يكفلها لفئة دون غيرها ، إلا أن إتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور ، يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التى نظم بها المشرع موضوعا محددا ، عن أهدافها ، ليكون إتصال الأغراض التى توخاها ، بالوسائل اليها ، منطقيا ، وليس واهيا أو واهنا ، بما يخل بالأسس الموضوعية التى يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا .

ومرد ذلك ، أن المشرع لا ينظم موضوعا معينا تنظيما ، مجردا أو نظريا ، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها ، تعكس مشروعيتها إطارا لمصلحة عامة لها اعتبارها ، يقوم عليها هذا التنظيم ، متخذا من القواعد القانونية التى اقرها ، مدخلا لها ، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها ، كان التمييز بين المواطنين فى مجال تطبيقها ، تحكمياً ، ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان ما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين ، لا يعدو أن يكون تقسيما تشريعيا لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التى يقوم عليها ، والنتائج التى ربطها المشرع بها ، بل توخى هذا التمييز - وعلى ما بين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقوده فى أول يوليو ١٩٨٥ - فرض قيود واقعية على الطلاق ، كى لا يكون إسرافا ، فجاء بذلك نافيا لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التى ارتبط بها المطلق فى شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت أم إعارة ، أو ملكا ، أم إنتفاعا ، أم حق استعمال ، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا مناسبا يأويهم كبديل عن مسكن الزوجية ، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقا بعين المكان الذى كان يظلهم مع أبويهم قبل الطلاق ، بل يقوم حقهم منحصرا فى مكان يهجعون اليه ، يكون مناسبا شرعا لأمثالهم ، فلايكون إعداده مقيدا بزمن معين .

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها ، وكان غير المتصور ان يكون أمر المطلق رهقا سواء من خلال تنظيم تشريعى جائر ، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم فى النفقة إضرارا بأبيهم ، وكان من المقرر أن مسكنا مناسبا يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل إنتهاء عدة مطلقته أو بعدها ، هو ما تقوم به مصلحتهم

فى النفقة التى لا يجوز ربطها على الإطلاق بما اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا أو غير مؤجر ، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار فى نفقتهم ، ولا هو من مقاصدها .

متى كان ما تقدم ، وكان الآباء المطلقون - على علاقاتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض ، وكان النص المطعون فيه قد مايز بينهم - فى نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم فى إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا ، مع بسطها إن كان غير مؤجر ، فإن هذا التمييز لا يكون منطقيا ، قائما بالتالى على غير أسس موضوعية ، ومنهيا عنه دستوريا ، ذلك أن أشكال التمييز التى يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ، وإن تعذر حصرها ، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد ، أو تفضيل ، أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق التى كفلها الدستور ، أو القانون ، أو كلاهما ، بما فى ذلك تلك التى ترعى بنيان الأسرة ، ولا تفرقها ، وتصون قيمه وترسيها على دعائم من الخلق والدين ، ضمانا لتراحمها وتناصفها .

وحيث ان النص المطعون فيه - فوق هذا - يتمخض إعناتا بالمطلق ، وتكليفا بما لا يطاق من جهتين :

أولاهما : أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد ، وكذلك الأعمال التحضيرية التى تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة فى أول يوليو ١٩٨٥ - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه ، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقته ، ولحاضنتهم ، مسكنا ملائما ، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية ، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم .

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحا مقدما من أحد أعضائه مؤداه أن تهيئة مسكن للصغار من ابيهم بعد طلاق امهم ، ينبغى ان يكون مقيدا بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصها ، ولا لصغاره مال ينفقون منه على سكناهم.

وقيل تبريرا لهذا الرفض ، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم ، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم ، أو تلقوا عن أمهم مالا .

وإذ كان الأصل المقرر شرعا أن مؤنة الحضانة تكون فى مال المحضون فإن لم يكن للمحضون مال ، فعلى من تلزمه نفقته ، وكان هذا النص مرددا بنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار اليه - التى تقضى بأنه إذ لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه، وكان حق الصغار فى الإنفاق عليهم ، يتوخى إحياءهم ، وليس حقا لحاضنتهم عوضا عن احتباسها لشئونهم ، وكان الأصل فى نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم ، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفا ، وأن تأسيسها على حاجتهم ، يثبتها على أبيهم ، حتى مع اختلافهم دينا ، وكان استواء آباء الصغار مع أمهاتهم فى الولاد ، لا يسقط نفقتهم عن آبائهم ، بل ينفردون بها ، إلا أن الحق فى طلبها مقيد دوما بأن يكون تحصيلها حائلا دون هلاكهم ، أو ضياعهم . ولا كذلك ان يكون للصغير فضل من مال ، ذلك أن الإنفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلا ، فلا تكون نفقته واجبا على أحد ، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعا من أبيه طلبا لازما يحتم أداءها ، فقد إنتفى موجبها ، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة .

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم ، صونا لأموالهم التى بين أيديهم مما قد يبددها أو ينتقص منها ، إلا أن حدبهما على أبنائهم بما فطرا عليه، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيها ويبدلها بغيرها ، بل تظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم .

ثانيهما : أنه وإن كان الأصل ان سكنى الصغار - عينا - حق وأنه جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفا ، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم ، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون اليه تبعا لها - فإنه يكون بذلك مرهقا - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعا - مفضيا الى وقوعهم كارهين فى الحرج ليكون إعناتهم منافيا للحق والعدل ، ومشقتهم بديلا عن التيسير عليهم ، ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التى لا مخرج منها .

وما لذلك تشرع الأحكام العملية التى ينبغى ان تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم ، إذ لا يجوز ان يكون عبؤها فادحا من خلال تكليفاتها ، ولا مضمونها عتوا مجافيا لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين ، بل هونا وقواما ، وهو ما عبر عنه ابن عابدين فى حاشيته (رد المحتار علىٰ الدر المختار) التى أورد فيها أبا حفص حين سئل عما لها إمساك الولد وليس لها مسكن ، أفاد بأن على أبيهم سكناهما جميعا ، وهو ما يعنى عند ابن عابدين - أن الصغار لا يحتاجون الى مسكن من أبيهم ، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويها من المحضونين ، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين ، وأوفق لمصالحهم ، ومن ينبغى ان يكون عليه العمل .

وحيث أنه متى كان ماتقدم ، وكان ماقرره أبو حفص مما تقدم - وكذلك من خرج عليه - لا يعدو ان يكون اجتهادا ، وكان الإجتهاد فى المسائل الخلافية ممكنا عقلا ، ولازما ديانة ، ومفتوحا بالتالى ، فلا يصد إجتهاد إجتهادا ، ولا يقابل إجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها ، وبما لا يناقض كمال الشريعة ، أو يخل بروح منهاجها ، وكان ما ذهب اليه البعض من انه إذا إختار ولى الأمر رأيا فى المسائل الخلافية ، فإنه يترجح ، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين ، لا يكون إلا بإتباع أيسرهما ما لم يكن إثما ، فلا يشرع ولى الأمر

حكما يضيق على الناس ، أو يرهقهم من أمرهم عسرا لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا ، بل يتعين ان يكون بصيرا بشئونهم بما يصلحها ، فلايظلمون شيئا ، وكان من المقرر ان سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغى ان تقدر بقدرها ، وكان ثابتا كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم ، وأن صلاحهم فى تحصيل مقاصدهم ، فلا يكون بعضهم على بعض عتيا ، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم ، وكان حقا قوله عليه السلام (ما نهيتكم عنه فإجتنبوه ، وما أمرتكم به فآتوا منه ما استطعتم) وكانت الحنيفية السمحة هى مدار الدعوة التى قام بتبليغها الى الناس جميعهم ﴿ وماأرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ ، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوائهم فى مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا - مؤجرا كان أم غير مؤجر - ليكون لهم مهادا ، ليس تعلقا بما يكون واجبا على أبيهم ، ولاإجتنابا من جهتهم لشر يتناهون عنه ، بل إعراضا عما ينبغى أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين ، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاقا لعلاقاتهم ببعض ، ولا مقيما عوائق تتعقد دروبها وتنغلق مسالكهم اليها ، ليكون لهم مخرجا من حرجهم ، فلا يقترن - ظلما أو هضما - بما يأتون أو يدعون مصداقا لقوله تعالى ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ ﴿ وما جعل الله عليكم فى الدين من حرج ﴾ ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ﴿ يريد الله ان يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا ﴾ .

متى كان ذلك ، وكان القرآن فصلا لا هزلا ، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقته - مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه ، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هى المطلقة نفسها بل أمها أو أختها أو خالتها - يعنى أن حاضنتهم هذه - وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها الى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها ، وإما ان تتردد بين مسكنها ومسكنهم

فلا تمنحهم كل إهتمامها ، ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم ، وإما ان تقيم مع محضونيها - من دون أسرتها - ليتصدع بنيانها ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثا توخى - دون مقتض - وعلى ما جاء بعضبطه مجلس الشعب - فرض قيود واقعية على الطلاق لا يجوز شرعا .

وحيث أنه متى كان ماتقدم ، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيدا ، فلا يكون مسكن الزوجية مقرا للمحضونين ، إنا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم ، تقيم هى فيه . وليس لازما أن يكون مملوكا لها ، ذلك أن حق الصغار فى السكنى ينتقل من مسكن أبيهم الى مسكن حاضنتهم ، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين ، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب ، بإعتباره من مؤنتهم .

وحيث أن النص المطعون فيه - محددا نطاقا فى الحدود التى خلص اليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق فى الطلاق ، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقا تقتضيها الضرورة ، وبقدرها ، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها ، لا تنتقص من مشتملاتها ، ولا يكون جريان اثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخيا .

ووقوعها فى الحدود التى يقتضيها الشرع ، ينفى تعويقها الطلاق ، أو إهدارها الحق فيه ، لأمرين : أولهما : أن الأصل فى الحقوق التى يأذن المشرع بممارستها ، أو يبين أسسها ، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل ، بل تعمل جميعها فى إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها ، وتتوافق مصالحها . ثانيهما : أن الطلاق كان دائما ملاذا نهائيا للرجل ، ولا يلجأ اليه الا بإعتباره بابا للرحمة فى مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائرا عميقا .

ولم يكن مطلقا بغيا من الرجل على المرأة لقوله تعالى : ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلما أو حمقاً ، بل معروفا وإنتصافا « لا ينال من الحقوق التي جر اليها » ولايسقط عن المطلق تبعاتها . وتلك هي الشريعة الإسلامية ، قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة الى البر والإحسان لا تتناهى . ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحايا لنزق آبائهم ، يمنعونهم ما يستحقون .

وحيث أن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكاً قانوناً لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقته بهذا المسكن من دونه ، إنما يجرد ملكيته من بعض عناصرها ، إخلال بالحماية التي كفلها الدستور لها بالمادة ٣٤ ، مردود بأن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة ، لم تعد حقا مطلقا ، ولا هي عصية على التنظيم التشريعي ، وليس لها من الحماية ما يجاوز الإنتفاع المشروع بعناصرها . ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الإجتماعية ، وهي وظيفة لايتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكما ، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأغراض التي ينبغي رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع إجتماعي معين ، في بيئة بذاتها . لها توجهاتها ومقوماتها .

وفي إطار هذه الدائرة وتقيدا بتخومها ، يفاضل المشرع بين البدائل ، ويرجح على ضوء الموازنة التي يجريها ، مايراه من المصالح أجدر بالحماية ، وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور ، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تنحاز اليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل التطور ، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة بذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة .

ولا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية ما تقدم ، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها الى الله تعالى ، أنشأها وبسطها ، واليه معادها ومرجعها ، مستخلفا فيها عبادة الذين عهد اليهم بعمارة الأرض وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضرارا . بقوله تعالى ﴿ وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾ . وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها في الباطل . وتكليفا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاه منها ، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثا أو إسرافا أو عدوانا ، أو متخذا طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالإعتبار . وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان ، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأرا محضا يزيد من الضرر ولا يفيد الا في توسيع الدائرة التى يمتد اليها ، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية ، مقيدا بتراخيه في أن يوفر لهم مسكنا مناسبا يكون بديلا عنه ، فإن استقلالهم به يغدو متصلا بنفقتهم ، مترتبا على الإخلال بإيفائها ، بعد أن غض أبوهم بصره عن حياء صغاره ليكون استمرارهم في شغل مسكن الزوجية ، عائدا في مصدره المباشر الى نص القانون ، وعلى ضوء الموازنة التى أجراها المشرع بين مصلحة المطلق في أن يظل مقيما بهذا المسكن من دون صغاره ، ومصلحتهم في البقاء فيه من دونه ، مرجحا - في نطاق سلطته التقديرية في مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما ، بإعتبار أن تقربتها يلحق بصغاره مضارا لا حد لها ، ولأن الإضرار حين تتزاحم ، فإن اختيار أهونها دفعا لأعظمها خطرا وأفدحها أثرا ، يكون لازما ، وواقعا في نطاق الوظيفة الإجتماعية للملكية ، التى يحدد ولى الأمر اطارها وتوجهاتها .

وحيث أن اعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض ان المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته ، رغم قيام الدليل على أنهم لايملكون مالا حاضرا يدبرون منه سكناهم ، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعا لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية يكون لازما.

وحيث إن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة التسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن واردا فى مشروع القانون المعروض بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييرا للحاضنة بين الإستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية ، وبين ان يقدر القاضى لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب ، وكان ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الإنتقال مع الصغار الى ذويها طلبا لملاذهم وعونهم ، وقد يكون لها مسكنها ويريحها ان تظل فيه ، بإفتراض ان انتقالها منه الى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها ، وقد يروعها - بما يقوض سكينتها وصفاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد، فلا تخلص - إزاء اضطرابها - لمحضونيها ، ولا تمنحهم من إتمامهم مايستحقون ، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها ، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضا أحكام الدستور - و من بينها مادته الثانية - بإعتباره مقررا لمصلحة لها اعتبارها ، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا - المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا : إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ، مؤجرا كان أم غير مؤجر .

ثانيا : تقييدها حق المطلق - اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون إعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها ، نهايتها عدة مطلقته .

وألزمت الحكومة المصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين سر　　　　　　　　　　　　رئيس المحكمة

الإجراءات [1]

بتاريخ التاسع من شهر نوفمبر ١٩٩٥ ، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبة الحكم بعدم دستورية نص المادة (١٣٩) من لائحة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة فوضت فيها الرأى للمحكمة .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

وقدم كل من المدعى عليه الرابع والخامس مذكرة بوجهة نظره .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليه الخامس - فى الدعوى الراهنة - كان قد أقام ضد المدعية الدعوى رقم ٧٦٣ لسنة ١٩٩٥ أمام محكمة حلوان الجزئية للأحوال الشخصية (الدائرة الملية) طالبا فى صحيفتها الحكم بإلزامها بأن ترفع بها عن حضانتها لإبنها منه « ماثيو نبيل رمزى » على سند من القول بأن الصغير بلغ السابعة من عمره ، وهى أقصى سن للحضانة عملا بنص المادة ١٣٩ من لائحة الأقباط الأرثوذكس لعام ١٩٣٨ ، الواجب تطبيقها على طرفى التداعى - المتحدين ملة ومذهبا - بإعتبارها شريعتهما .

---

(١) الدعوى رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/٣/١ والمنشور بالجريدة الرسمية ١٩٩٧/٣/١٣ .

وبجلسة ١٩٩٥/١٠/٢٤ ، دفع وكيل المدعية بعدم دستورية هذا النص . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد أجلت نظر الدعوى لجلسة ١٩٩٥/١١/٢٨ لتتخذ المدعية إجراء الطعن بعدم الدستورية فأقامت دعواها الماثلة .

وحيث أن المادة (١٣٩) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام ، والمعمول بها اعتبارا من ٨ يوليو ١٩٣٨ تقضى فى فقرتها الأولى بأن تنتهى الحضانة ببلوغ الصبى سبع سنين وبلوغ الصبية تسع سنين ، وحينئذ يسلم الصغير الى أبيه ، أو عند عدمه الى من له الولاية على نفسه . وفى فقرتها الثانية انه إذا لم يكن للصغير ولى ، يترك عند الحاضنة الى ان يرى المجلس من هو أولى منها بإستلامه .

وحيث أن المدعية تنعى على هذا النص ، إخلاله بأحكام المواد (٢ ، ١٠ ، ٤٠) من الدستور وذلك من عدة أوجه .

أولها : ان قوانين الأحوال الشخصية للمسلمين ، تطبق على المصريين جميعهم أيا كانت ديانتهم ، ومن ثم تنتظمهم جميعا قواعد موحدة فى شأن المواريث ونظم النفقات والطاعة . وتقرير سن للحضانة بما يرعى مصالح الصغير من الأمور التنظيمية التى لا تناقض الشريعة المسيحية فى جوهر أحكامها وأساس بنيانها ، بل أن الشريعتين تدوران معا حول رعاية النشئ وإسعاده .

ثانيها : أن الدستور نص فى مادته العاشرة ، على أن تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة وترعى النشئ وتوفر لهم ظروف مناسبة لتنمية ملكاتهم . وقد جاء النص المطعون فيه مجافيا للرعاية التى تطلبها الدستور للطفولة . وحال كذلك بين الصغير وتنمية ملكاته النفسية والوجدانية بعد أن انتزعه فى سن مبكرة من حضانة أمه ، مفتتا بذلك شخصيته ، وممضيعا لوجوده .

ثالثها : إن النص المطعون فيه انطوى كذلك على تفرقة بين أبناء الوطن . الصغار لزوجين مسيحيين متحدى الملة والطائفة ، ينتزعون من أمهم فى سن السابعة ، ولو كانت مصلحتهم تقتضى بقاءهم تحت يدها ، فى الوقت الذى فى حجر أمه وحضانتها حتى الخامسة عشرة من عمره . كذلك تنتزع الصغيرة المسيحية من أمها فى التاسعة ، رغم أن الصغيرة المسلمة قد تظل فى حضانة أمها حتى تتزوج . والتمييز بين أبناء الوطن الواحد على غير أسس منطقية ، يعتبر تمييزا تحكميا منهيا عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور .

وحيث أنه بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٦ أودع غبطة البابا شنوده الثالث بطريرك الأقباط الأرثوذكس مذكرة أشار فيها الى ما يأتى :

١ - أن نصوصا قاطعة الثبوت والدلالة تحكم الأقباط الأرثوذكس فى مسائل احوالهم الشخصية ، من بينها شريعة الزوجة الواحدة ، ولا طلاق إلا لعلة الزنا ، وتلك مسائل حسمتها آيات ثابتة فى الإنجيل المقدس .

٢ - ان الزواج وآثاره لا ينظمها ، ولا ينبغى ان يحكمها إلا شريعة العقد فيما لا يتعارض مع آيات الإنجيل المقدس نصا ودلالة ، فعقد الزواج ما شرع إلا لإثبات ما تم من طقس - هو صلاة الإكليل (الشعائر الدينية) - فى أحضان الكنيسة وتحت إشرافها وسيطرتها ، والذى بدونه لا ينعقد الزواج أصلا .

٣ - ان ما ورد بشأنه نص فى آيات الإنجيل المقدس ، وما جاء بعقد الزواج ، سواء نص عليه أو لم ينظم فى لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس - النافذة اعتبارا من الثامن من يوليه ١٩٣٨ - هى أمور لا محل للإجتهاد بشأنها حتى من القائمين على الكنيسة .

٤ - وبالنسبة الى مسألة تحديد سن الحضانة على ضوء ما نصت عليه المادة (١٣٩) من اللائحة ، أوضح غبطة البابا ما يأتى :

أولا - أنه لم يرد نص فى الإنجيل المقدس ينظم هذه المسألة .

ثانيا - أن مسألة تحديد سن لحضانة الأطفال مسألة تحكمها ظروف المجتمع من نواح عدة .

ثالثا - ان تحديد سن للحضانة يحكم كل أبناء الوطن الواحد ، أمر أقرب الى الواقع ، ويتفق مع الإعتبارات العلميه والعمليه ، فضلا عن انه لايخالف نصا حسبما سبق بيانه .

رابعا - انه لا مانع لدى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية من تحديد سن حضانة الأطفال بالنسبة الى جميع المصريين ، توكيدا لقاعدة المساواة بينهم ، وبمراعاة أن بقاء الحاضنة على دينها الذى كانت تدين به وقت ولادة الأطفال يعتبر من الشروط الجوهرية لإستمرار الحضانة .

وحيث ان المدعى عليه الخامس قدم مذكرة بدفاعه طلب فيها رفض الدعوى تأسيسا على ان النصوص الآمرة التى تضمنتها اللائحة المطعون عليها صدرت قبل تعديل نص المادة الثانية من الدستور ، ولا يتأتى بالتالى إعمالها فى شأن تشريع سابق على تعديلها . هذا فضلا على أن حكمها ليس وجوبيا ، بل يجوز للمشرع وفقا لها استمداد القواعد الموضوعية التى ينظم بها حقوق المواطنين ، من غير الأصول الكلية للشريعة الإسلامية ، وعلى ضوء ما يراه أكثر ملاءمة لمقتضى الحال . ولا ينافى هذه الشريعة أو يقوض أسسها ما تقرر بالنص المطعون عليه في شأن الحد الأقصى لسن الحضانة ، بل إن الشريعة الإسلامية ذاتها تخول أهل الذمة الإحتكام إلى شرائعهم الدينية ، ومن بينها لائحة الأقباط الأرثوذكس المطعون على أحد نصوصها والتى تعتبر أحكامها من القواعد الآمرة التى لا تجوز مخالفتها .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ان يتوافر ثمة إرتباط بينها وبين المصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسائل الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها ، لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها . متى كان ذلك وكانت المادة (١٣٩) المطعون عليها هى التى تحول بذاتها دون المدعية وبقاء صغيرها فى حضانتها ، فإن طلبها إبطالها والرجوع الى القواعد التى يتضمنها قانون الأحوال الشخصية للمسلمين فى هذا الشأن ، يكون كافلا مصلحتها الشخصية المباشرة .

وحيث ان تحديد ما يدخل فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية - وفى مجال التمييز بينها وبين الأحوال العينية - وإن ظل أمرا مختلفا عليه ، إلا ان عقد الزواج والطلاق وآثارهما يندرجان تحتها ، لتدخل حضانة صغار المطلق من زوجته فى نطاق هذه المسائل ، فتحكمها قواعدها .

وحيث أن المجالس الملية هى التى كان لها إختصاص الفصل فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، وكان تطبيقها لشرائعهم الدينية مقارنا لإختصاصها بالفصل فى نزاعاتهم المتصلة بأحوالهم الشخصية ، فلا يكون قانونها الموضوعى الا قانونا دينيا . وظل هذا الإختصاص ثابتا لهذه المجالس الى ان صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، فقد قضى هذا القانون فى مادته الأولى بأن تلغى المحاكم الشرعية والملية ابتداء من ١٩٥٦/١/١ ، على ان تحال الدعوى التى كانت منظورة أمامها حتى ١٩٥٥/١٢/٣١ الى المحاكم الوطنية لإستمرار نظرها وفقا لأحكام قانون المرافعات .

ولئن وحد هذا القانون بذلك جهة القضاء التى عهد اليها بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعهم ، فحصرها - وأيا كانت دياناتهم - فى جهة القضاء الوطنى ، إلا أن القواعد الموضوعية التى ينبغى

تطبيقها على منازعاتهم فى شئون احوالهم الشخصية ، لا تزال غير موحدة رغم تشتتها وبعثرتها بين مظان وجودها وغموض بعضها أحيانا . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة (٦) من هذا القانون تقضى بأن تصدر الأحكام فى منازعات الأحوال الشخصية التى كانت اصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر بنص المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيبها. وتنص فقرتها الثانية على انه فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، الذين تتحد طائفتهم وملتهم ، وتكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فإن الفصل فيها يتم - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم .

وحيث ان ما تقدم مؤداه ، انه فيما عدا الدائرة المحدودة التى وحد المشرع فى نطاقها القواعد الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعهم - كتلك التى تتعلق بمواريثهم ووصاياهم وأهليتهم - فإن المصريين غير المسلمين لا يحتكمون لغير شرائعهم الدينية بالشروط التى حددها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار اليه ، بل أن المادة (٧) من هذا القانون تنص على ان تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفيه الى أخرى أثناء سير الدعوى ، لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة (٦) من هذا القانون ، ما لم يكن التغيير الى الإسلام .

وحيث ان المشرع وقد أحال فى شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين - وفى إطار القواعد الموضوعية التى تنظمها - الى شرائعهم مستلزما تطبيقها دون غيرها فى كلما يتصل بها ، فإن المشرع يكون قد ارتقى بالقواعد التى تتضمنها هذه الشرائع ، الى مرتبة القواعد القانونية التى ينضبط بها المخاطبون بأحكامها ، فلا يحيدون عنها فى مختلف مظاهرة سلوكهم . ويندرج تحتها - وفى نطاق الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لائحتهم التى أقرها المجلس الملى العام بجلسته المنعقدة فى ٩ مايو ١٩٣٨ ،

والتى عمل بها اعتبارا من ٨ يوليه ١٩٣٨ ، إذ تعتبر القواعد التى احتوتها لائحتهم هذه - وعلى ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٦) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار اليه - شريعتهم التى تنظم أصلا مسائل أحوالهم الشخصية ، بما مؤداه خضوعها للرقابة الدستورية التى تتولاها هذه المحكمة .

وحيث إن ما تنعاه المدعية من مخالفة نص المادة (١٣٩) المطعون عليها للمادة الثانية من الدستور ، مردود بأن قضاء هذه المحكمة مطرد على ان حكم هذه المادة - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - يدل على أن الدستور - وإعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل - قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداها تقيدها - فيما تقره من النصوص القانونية - بمراعاة الأصول الكلية للشريعة الإسلامية ، إذ هى جوهر بنيانها وركيزتها ، وقد اعتبرها الدستور أصلا ينبغى ان ترد اليه هذه النصوص ، فلا تتنافر مع مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها ، وإن لم يكن لازما استمداد تلك النصوص مباشرة منها ، بل يكفيها الا تعارضها ، ودون إخلال بالقيود الأخرى التى فرضها الدستور على السلطة التشريعية فى ممارستها لإختصاصاتها الدستورية. ومن ثم لا تمتد الرقابة على الشرعية الدستورية التى تباشرها هذه المحكمة فى مجال تطبيقها للمادة الثانية من الدستور ، لغير النصوص القانونية الصادرة بعد تعديلها . ولا كذلك نص المادة (١٣٩) المطعون عليها ، إذ أقرها المجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس ، وعمل بها قبل تعديل المادة الثانية من الدستور ، فلا تتناولها الرقابة على الدستورية ، أيا كان وجه الرأى فى اتفاقها أو تعارضها مع الأصول الكلية للشريعة الإسلامية .

وحيث ان الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية غايتها الإهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته . و الأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمنه الحاضنة -

التى لها الحق فى تربيته - الى جناحها بإعتبارها أحفظ عليه ، وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولان انتزاعه منها - وهى اشفق عليه وأوثق اتصالا به ، وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مظلمة للصغير إبان الفترة الدقيقة التى لاتستقل فيها بأموره ، والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به الى غير مؤتمن ، يأكل من نفقته ، ويطعمه نزرا ، أو ينظر اليه شرزا . ولا تقيم الشريعة الإسلامية - فى مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها - ولا شريعة غير المسلمين من الأقباط الأرثوذكس - التى حدد الإنجيل المقدس ملامحها الرئيسية - لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزها ، إنطلاقا من ان تربية الصغير مسألة لها خطرها ، وأن تطرق الخلل اليها - ولو فى بعض جوانبها - مدعاة لضياع الولد . ومن ثم تعين ان يتحدد مداها بما يكون كافلا لمصلحته ، وأدعى لدفع المضرة عنه ، وعلى تقدير ان مدار الحضانة على نفع المحضون ، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره ، حتى عند ما يقولون بأن الحضانة لاتتمحض عن حق للصغير ، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ويعهد اليها بأمره .

وحيث ان الدستور - وفى إطار المقومات الأساسية للمجتمع التى تنتظم المصريين جميعا ، فلا يتوجهون لغيرها أو ينعزلون عنها - قد أورد أحكاما رئيسية ترعى الأسرة المصرية - سواء فى خصائصها ، أو على صعيد الأفراد الذين يكونونها - هى تلك التى فصلتها المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من الدستور . وقد دل بها على أن الحق فى تكوين الأسرة لاينفصل عن الحق فى صونها على إمتداد مراحل بقائها ، لتأمينها مما يخل بوحدتها ، أو يؤثر سلبا فى ترابطها ، أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها ، بل يزكيها كافلا لبنيها تراحما أوثق ، ولأطفالها إشرابهم مبادئها ، ومعاونتهم على صون أعراضهم وعقولهم وأموالهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها ، كذلك اختيار أنماط من الحياة يتعايشون معها فلا تتفرق الأسرة

التى تضمنهم – وهى بنيان مجتمعهم – ولا تتنصل من واجباتهم قبلهم ، بل تتحمل مسئوليتها عنهم صحيا وتعليميا وتربويا .

بل إن الأسرة فى توجهاتها لا تعمل بعيدا عن الدين ولا الأخلاق ولا الوطنية ، ولكنها تنميها – وعلى ضوء أعمق مستوياتها وأجلها شأنا – من خلال روافد لا إنقطاع لجريانها ، يتصدرها إرساء أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها ، والتوفيق بين عمل المرأة فى مجتمعها وواجباتها فى نطاق أسرتها ، وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تصون لمجتمعها وواجباتها فى نطاق أسرتها ، وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تصون لمجتمعها تلك القيم والتقاليد التى يؤمن بها ، تثبيتا لها وتمكينا منها .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت الأسرة المصرية لا يصلحها إختيار سن للحضانة لا يكون محددا وفقا لتغير الزمان والمكان . ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة من حاضنته إعناتا أو ترويعا ، أو إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعا لذكورتهم وأنوثتهم ، وخصائص تكوينهم التى تتحدد على ضوئها درجة احتياجهم الى من يقومون على تربيتهم وتقويمهم ووقايتهم مما يؤذيهم ، وكذلك إعدادهم لحياة أفضل ينخرطون فيها بعد تهيئتهم لمسئوليتها ، وكان تعهد المحضون – صغيرا كان أم صغيرة – بما يحول دون الإضرار بهما ، مؤداه ان يكون لحضانتهما سن تكفل الخير لهما فى إطار من الحق والعدل . وشرط ذلك إعتدالها ، فلا يكون قصرها نافيا عن حضانتهم متطلباتهم من الصون والتقويم وعلى الأخص من الناحيتين النفسية والعقلية، ولا إمتدادها مجاوزا تلك الحدود التى تتوازن بها حضانتهم مع مصلحة أبيهم فى أن يباشر عليهم إشرافا مباشرا، بل تكون مدة حضانتهم بين هذين الأمرين قواما ، وهو ما نحاه المشرع بالفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – بعد تعديلها

بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - من أن حق حضانة النساء ينتهي ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة . ويجوز للقاضى بعد هذا السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة - ودون أجر حضانة - إذا تبين ان مصلحتهما تقتضى ذلك .

وحيث ان تحديد سن الحضانة على النحو المتقدم ، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين ، إلا أن هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير والصغيرة اللذين تضمنها أسرة واحد وإن تفرق أبواها . ولا يجوز فى مسألة لا يتعلق فيها تحديد هذا السن بأصول العقيدة وجوهر احكامها ، ان يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعا لديانتهم ، ذلك أن الأصل هو مساواتهم قانونا ضمانا لتكافؤ الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم ، سواء فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم . والصغير والصغيرة - فى شأن حضانتهما - يحتاجون معا لخدمة النساء وفقا لقواعد محددة لا تمييز فيها . والأسرة القبطية هى ذاتها الأسرة المسلمة ، فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما ، وتظلهم بالتالى القيم والتقاليد عينها . والى مجتمعهم يفيئون ، فلا يكون تقيدهم بالأسس التى يقوم عليها - فى مقوماتها وخصائصها - إلا تعبيرا عن إنتمائهم الى هذا الوطن وإندماجهم فيه تربويا وخلقيا ودينيا ، وما الدين الحق إلا رحمة للعالمين .

وكلما كفل المشرع لبعض ابناء الوطن الواحد حقوقا حجبها عن سواهم على غير أسس موضوعة ، كان معمقا فى وجدانهم وعقولهم اعتقادا أو شعورا بأنهم أقل شأنا من غيرهم من المواطنين .

وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى كذلك، على أن الناس لايتمايزون فيما بينهم فى مجـــال حقهم فى اللجوء الى قاضيهم الطبيعى ولا فـــى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها ، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى يطلبونها ،

ولا فى إقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها ولا فى طرق الطعن التى تنظمها ، بل يجب ان يكون للحقوق ذاتها ، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها ، أو الدفاع عنها ، أو استدائها ، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فصلا فيها . ولا يجوز بالتالى ان يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين ، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعتبر ضمان الحق فيها ، والنفاذ اليها ، طريقا وحيدا لمباشرة حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة (٦٨) من الدستور ، ولا ان يجرد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعتبر إهدارها أو تهوينها ، إخلالا بالحماية التى يكفلها الدستور للحقوق جميعها .

وحيث ان النص المطعون فيها ، إذ قضى بأن بلوغ الصبى سبع سنين والصبية تسعا ، مؤداه إنتهاء حضانتهما ، ووجوب تسليمهما فور إنقضاء مدتها الى أبيهما ، فإن لم يوجد ، فللولى على نفسيهما . فإن لم يوجد ، ظلا على حاضنتهما الى أن يقرر المجلس الملى من يكون أولى منها بإستلامهما فإنه بذلك يكون قد حرم المحضون وحاضنته من حقين جوهرين كفلهما الدستور .

أولهما : مساواة صغارها بالمحضونين من المسلمين الذى لا تنتهى حضانتهم وفقا لقانون أحوالهم الشخصية إلا ببلوغ الصغير عشر سنين والصغيرة اثنتى عشرة سنة .

ثانيهما : حق الحاضنة فى ان تطلب من القاضى - وبعد انقضاء المدة الأصلية للحضانة - أن يظل الصغير تحت يدها حتى الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج ، إذا تبين أم مصلحتهما تقتضى ذلك .

ولئن كان الحق الأول يستمد وجوده مباشرة من نص القانون ، إلا أن النفاذ الى ثانيهما لا يكون إلا من خلال حق التقاضى . فإذا صادره المشرع

كان ذلك منه إنكارا للعدالة فى أخص مقوماتها ، ونكولا عن الخضوع للقانون .

وحيث إنه متى كان ذلك ، فإن النص المطعون فيه ، يكون مخالفا لأحكام المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ٤٠ و ٦٥ و ٦٨ و ١٦٥ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٣٩) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام بجلسته فى ٩ مايو ١٩٣٨ ، والمعمول بها اعتبارا من ٨ يوليو ١٩٣٨ ، وألزمت الحكومة المصروفات .

أمين السر   رئيس المحكمة

الباب الثالث

الدفوع بشأن نفقة الزوجية

أولا: الدفع بسقوط نفقة الزوجه لإرتدادها عن الإسلام:

يجرى نص المادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى :[١]

تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح اذا سلمت نفسها اليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع .

ولاتجب النفقة للزوجة اذا ارتدت . أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق . أو اضطرت الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج . أو خرجت دون اذن زوجها .

ولايعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون اذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر ان استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

---

(١) مستبدلة بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمنشور فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٥/٧/٤ - العدد ٢٧ ، تابع ، .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ، ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها الا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

اتجه الفقهاء الى تعريف النفقة اصطلاحا انها اسم لما يصرفه الانسان على زوجته وعياله وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن ويراد بنفقة الزوجة ما تحتاج اليه لمعيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وما يلزمها من فرش وغطاء وسائر أدوات البيت حسب المتعارف بين الناس .

وقد اتفق الفقهاء على أن الزوجية سبب فى وجوب النفقة على زوجها نفقة الزوجية حكم من أحكام عقد الزواج الصحيح حق من الحقوق الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى [1] العقد ولذلك تجب ولو كانت الزوجة غنية وفى غير حاجة الى النفقة وسواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية وقد أجمع أئمة الشريعة على ان نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها فهى تستحقها جزاء احتباسه اياها لاستيفاء المعقود عليه عملا بذلك الأصل الكلى كل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه لأنه احتبسه لينتفع به فوجب عليه القيام بكفايته . ومن ذلك المفتى والقاضى والولى وسائر أعمال الدولة

---

(١) راجع فى هذا المعنى نظام النفقات فى الشريعة الاسلامية للأستاذ أحمد ابراهيم ومبادئ القضاء الشرعى فى ٥٠ عام للمستشار أحمد نصر الجندى ص ١٠٧٦ والمستشار محمد الدجوى فى الأحوال الشخصية ص ٩٢ .

وكذلك الوصى وناظر الوقف ولاشك ان النساء محبوسات أى مقصورات على أزواجهن فكل زوجة هى مملوكة المنافع التى آذن الله بها لزوجها ويلزم من هذا الا تترك الزوجة تذهب حيثما شاءت صيانة للنسل وتفرغا لما يجب للزوج على الزوجة شرعا وفى هذا ما يمنع الزوجة الاكتساب والسعى فى طلب الرزق بدون رضاء زوجها فمن أجل هذا وجبت عليه سواء أكانت مسلمة أو غير مسلمة أو فقيرة أو غنية قال الله تعالى « وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقال صلى الله عليه وسلم(اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) رواه مسلم . وغير هذا من الأخبار الواردة فى ذلك وقد جرى على العمل وانعقد عليه الاجماع .

وأوضح المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الأولى سالفة البيان أحوال شخصية سقوط نفقة الزوجيه .

سقوط نفقة الزوجيه إذا إرتدت عن الإسلام :

تسقط نفقة الزوجة اذا ارتدت عن الاسلام وذلك لأن زواجها ينفسخ بردتها لأنها تعتبر قد خرجت على الدين حتى ولو اعتنقت اليهودية أو النصرانية فتسقط نفقتها لأن حق احتباس الزوج لها يبطل بردتها وحكم المرتدة فى الشريعة الاسلامية هو حبسها لا الى أجل جبرا لها على الاسلام فاذا عادت للاسلام فى العدة لا تستحق النفقة أما اذا كانت ردتها قد وقعت فى العدة ثم رجعت الى الاسلام وهى فى العدة فان نفقتها تعود ووجه الفرق فى الحالين ان النفقة فى حالة ارتداد المطلقة فى العدة كانت واجبة الفرقة وقبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح لتحقيق براءة الرحم وقت بدء العدة ثم امتنع وجوبها لعارض هو الردة فاذا عادت الى الاسلام فقد زال العارض ومن ثم تعود النفقة أما فى حالة ارتدادها عن الاسلام أثناء قيام الزوجة فان نفقتها بارتدادها لم تعد واجبة وقت البدء فى العدة ببطلان سبب الوجوب وهو الحبس ولا يعود من غير تحديد الزواج فلا تعود النفقة بدونه.

تطبيقات قضائية :

وقد استقر القضاء على ان المرأة المسلمة اذا ارتدت وتزوجت بعد ردتها لا ينعقد لها زواج ولا تنتج فرشا ولا تثبت نسبا يتولد عنه أى حق فى الميراث.

(نقض الطعن ٩ لسنة ٤٤ ق - جلسة ٢٤/١٢/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٦٩٢ مج فنى)

الاعتقاد الدينى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسألة نفسانية وهو من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان والتى لا يسوغ لقاضى الدعوى التطرق الى بحث جديتها أو بواعثها ودوافعها . ولما كان والد المتوفاه قد أقر بأنه مسلم ونطق بالشهادتين بين يدى القضاء ، فانه لا يجوز التعرض لحقيقة إسلامه وصحة إيمانه به .

(نقض الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ ق - جلسة ٢٩/١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٢٨٤)

كما انه من المقرر ان الدخول فى المسيحية هو عمل ادارى من جانب الجهة الدينية المختصة ومن ثم فهو لايتم ولا ينتج أثره بمجرد القول أو الطلب أو ابداء الرغبة ولكن بعد الدخول فيها واتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية بقبول الجهة الدينية الجديدة طلب الانضمام وقيده فى سجلاتها واعتبار طالب الدخول عضوا يتبعها ويمارس طقوسها .

(نقض الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ ق - جلسة ٢٩/١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٢٨٤)

المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن للشخص أن يغير دينه أو مذهبه ، وهو فى هذا مطلق الارادة تحقيقاً لمبدأ حرية العقيدة ، إذ الاعتقاد الدينى مسألة نفسيه فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٥/١١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٣٧٦)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان دعوى الطاعنة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع دوام العشرة ، وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ، لما كان ذلك فانه لا تثريب على محكمة الموضوع إذ هى رفضت الاستجابة لطلب الطاعن - الزوج - تقديم حكم الطاعة وأبت التعويل على دلالتها لاختلاف المناط فى كل منهما .

(الطعن رقم ٥٠ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٦ /١٢ /١٩٨٦ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٦ /٥ /١٩٨٤ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٦٣ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٨ /٥ /١٩٨٤ س٣٥ ص١٢٢٤)

(نقض جلسة ٢٤ /١١ /١٩٧٦ - ص ١٦٣٦)

وعلى هذا إذا ما رفعت الزوجه دعوى نفقه وكانت مرتده عن الإسلام فإن عقد زواجها ينفسخ بردتها حتى ولو إعتنقت اليهوديه أو النصرانيه فتسقط نفقتها لأن حق إحتباس الزوج لها يسقط بردتها وعليه فإن حقها فى النفقه يسقط وللزوج أن يدفع دعوى النفقة بسقوطها.

ثانيا: الدفع بسقوط نفقة الزوجه للنشوز :

اذا خرجت الزوجة من منزل الزوجيه بغير حق فإنها تعتبر ناشزاً وكان لزاما أن يحكم عليها بالطاعة وأن تسقط نفقتها .

وقد عرف القضاء النشوز فقضت محكمة العياط بجلسة ٢٦ / ١٢ / ١٩٢٩ ان النشوز شرعا هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه فلم يكن من مفهومه المال .

كما قضى (انه قد ثبت نشوز المدعى عليها من تاريخ الحكم بالطاعة حتى الآن) والنشوز معصية لا تقر عليها الناشز ولاتستحق النفقة والوجه الشرعى يقضى بمنعها من المقرر لها من اليوم التالى لحكم الطاعة حتى تعود لها .

الاثبات فى مسائل الأحوال الشخصية. اجراءات الاثبات الشكلية . خضوعها لقانون الاثبات . قواعد الاثبات الموضوعية المتعلقة بالدليل خضوعها لأحكام الشريعة الاسلامية ولايغير من ذلك ان يكون المشرع قد نص فى المادة الثالثة عشر من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على الغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الخاص بالأدلة فيما عدا مواد معينة ليس من بينها الارث لأنه لم يقصد بهذا الالغاء الخروج على الأصل المقرر فى المادة ٢٨٠ من ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت اليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(الطعن ٣٢ لسنة ٤٠ « أحوال شخصية » ١٨ / ١٢ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٤٦٢)

(ونقض جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٢٤١)

لو منعت الزوجة زوجها من الوطء سواء فى بيته أو بيتها سواء كان فى مقدوره اتيانها كرها أم لا فان هناك رأى فى الفقه الحنفى يذهب الى القول بأن الزوجة فى هذه الحالة لا تعتبر ناشزا اذا كانت قد منعت نفسها

عن بيته وكان قادرا على اتيانها كرها أما اذا كان المنع فى بيتها فهى ناشز غير ان هذا الرأى منتقد لأن أصحابه قيدوه بقيد لايمكن تحققه عملا وهو امكان اتيان الزوج لزوجته كرها لأنه من المعروف عملا انه يستحيل اتيان أى امرأة كرها عنها .

أثر سفر الزوجة على النفقة :

لا يجوز للزوجة ان تسافر الى مكان آخر غير المكان الذى تعيش فيه مع زوجها الا بأذنه ويشترط لاباحة السفر بغير اذن الزوج ان يكون معها محرم لها يصاحبها فى هذا السفر فان سافرت الزوجة بدون اذن زوجها ومن غير مصاحبة أحد محارمها فى هذا السفر كانت عاصية بهذا السفر ويترتب على ذلك سقوط نفقتها ولو كان السفر لحج بيت الله الحرام .

واذا سافرت بعد اذن الزوج لها بالسفر وصاحبها أحد محارمها فيه كان السفر مباحا لا معصية فيه وتستحق النفقة الزوجية فى مدة السفر لأنها لا تعد ناشزا بذلك فلا تسقط النفقة .

وليس هناك خلاف فى وجوب نفقة الزوجة على زوجها اذا كان يرافقها فى السفر لأن الاحتباس قائم وهو السبب فى وجوبها وليس هناك ما يسقطها .

فاذا لم يرافقها الزوج فى سفرها ولم يأذن لها فيه ولكنها أخذت معها أحد محارمها لمرافقتها فى السفر الى أداء فريضة الحج فانها لا تجب نفقتها على زوجها لأنها قد فوتت عليه حقه فى احتباسها بسبب من جهتها وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد وهو الذى يعول عليه ويعمل به ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الحج فرضا أو نفلا .

ويخالفهما أبو يوسف فى ذلك بالنسبة للحج الفرض دون النفل فيوجب نفقتها على زوجها اذا كان الحج فرضا ولا يوجبها عليه اذا كان الحج نفلا وقد فرق بينهما لأن الحج الفرض الذى تسقط به الفريضة يعتبر ضرورة دينية ويغتفر فيها ما لا يغتفر فى غيرها .

والنفقة التى تجب للزوجة على زوجها فى مدة السفر تكون نفقة فقط اذا لم تكن مع زوجها فى السفر فان كانت معه فنفقة الحضر والسفر معا ولا تكلف بشئ أصلا .

أثر امتناع الزوجة عن السفر :

الأساس فى الحياة الزوجية ان تكون الزوجة مع زوجها فى البلد الذى يسكنه ويعمل فيه يضمهما بيت الزوجية ويعيشان معا ويتعاونان ويفيضان عليهم من العطف والحنان والعناية والرعاية ما يجعلها تتفانى فى خدمته واسعاده فيسكن اليها وتسود بينهما المودة والرحمة .

ومن المشاهد فى كثير من الأحيان ان ينقل الزوج الى بلد آخر ويكون هذا الانتقال أمرا طبيعيا يجرى عليه وعلى غيره من الناس وذلك كالأطباء والقضاة والمدرسين والضباط وغيرهم ولابد للانسان حرصا على المصلحة العامة ان ينفذ النقل وينتقل من البلد الذى كان فيه الى البلد الذى نقل اليه ولابد كذلك لزوجته ان ترافقه فى المكان الجديد لأن هذا هو الوضع الطبيعى الذى يتمشى مع العقل والمنطق فلا تستقيم الحياة بين زوجين أحدهما فى الشرق وثانيهما فى الغرب .

وعلى هذا اذا سافرت الزوجة مع زوجها وكانت مطيعة له ومحبوسة عليه فتستحق النفقة بجميع أنواعها من طعام وكساء وخدمة وأدوات منزلية وزينة تتزين له بها وكل ما تحتاجه الزوجة فى بيتها واذا امتنعت عن السفر

معه وقد أعطاها الزوج مهرها المعجل فانها لا تستحق النفقة لأنها تعد ناشزا بامتناعها من السفر مع زوجها فى المكان الذى نقل اليه وهذا رأى المتقدمين من الفقهاء أما المتأخرين منهم فقد أباحوا للزوجة الا تسافر مع زوجها اذا كان السفر لمسافة طويلة تقصر فيها الصلاة وهى مقدرة عند البعض بنحو ٨٥ كيلو مترا وذلك لأن الغربة مظنة الايذاء ونفقة الزوجة لا تسقط بامتناعها من السفر مع زوجها فى هذا المكان البعيد وخصوصا اذا كان الزوج غير مأمونا عليها .

وفى تقديرى ان ذلك يختلف حسب تقدير قاضى الموضوع يقدره فى رحاب ظروف التداعى فمن كان مضطرا الى السفر فلابد ان ترافقه زوجته اذا أراد وامتناعها يعد نشوزا منها تسقط به نفقتها أما ان كان غير مضطر الى السفر واختار للسفر طريقا للوصول الى مستوى أفضل كالهجرة الى الدول المتقدمة فعلى الزوجة ان ترافقه اذا كان مأمونا عليها وتسقط نفقتها اذا امتنعت عن السفر معه واذا كان غير مأمونا عليها ويخشى فيه من ضررها فلها ان تمتنع عن السفر حتى لا يكون القصد من السفر هو مجرد الاضرار بالزوجة .

عمل الزوجة :

قد تكون الزوجة ربة بيت ليس لها عمل الا تنظيم بيت الزوجية والتفرغ للأعمال المنزلية المختلفة حتى تجعل من هذا البيت جنة يجد الزوج فيها الأنس والراحة ويحس حقا بمتعة الزواج ويهنأ ويسعد بما يتفضل الله عليهما بالذرية.

وقد تكون الزوجة ذات حرفة تؤديها للوطن وذلك كالاشتغال بالوظائف المختلفة كالتدريس والطب والتمريض والصيدلة والمحاسبة والعمل بالمصانع والمؤسسات وغير ذلك وأداء هذا العمل يقتضى خروج الزوجة من منزل الزوجية والتغيب عنه مدة العمل سواء كان هذا العمل بالنهار أو بالليل

والزوج قد يرضى بذلك وقد لا يرضى به فما حكم نفقة المرأة العاملة وماذا يجرى العمل عليه فى هذا الأمر ؟

ان نفقة المرأة العاملة التى تتكسب بعملها مثل الرجل تكون على زوجها اذا رضى بتوظيفها وخروجها من البيت لعملها ولم يمنعها من ذلك وليس للزوج منع زوجته من الخروج للعمل الا فى الأحوال الآتية :

١ - اذا اشترطت عليه فى عقد زواجها بقائها فى العمل أو حقها فى ان تعمل .

٢ - اذا تزوجها عالما بعملها قبل الزواج .

٣ - اذا عملت الزوجة بعد الزواج وقبل الدخول بها ورضى الزوج صراحة أو ضمنا .

٤ - اذا عملت الزوجة بعد الدخول بها ورضى الزوج صراحة أو ضمنا .

فى هذه الحالات جميعا يثبت رضاء الزوج الصريح أو الضمنى ولا يجوز له منع زوجته من الخروج لعملها واذا خرجت لا تعتبر ناشزا ولا تسقط نفقتها عليه .

٥ - اذا خرجت الزوجة مضطرة للعمل بحكم الظروف أو لحاجتها لمورد المال فان خروجها يعتبر من الضروريات التى لا تكون معها خارجة بغير حق ولا يسقط حقها فى النفقة كما هو نص فقه مذهب الشافعية .

وقد نص المشرع فى الفقرة الخامسة على (ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية ... ولا خروجها للعمل المشروع) الأمر الذى مفاده ومؤداه ان الزوج اذا أذن زوجته بالعمل وعملت دون اعتراض منه أو تزوجها وهو يعلم بعملها فانه يكون قد رضى بالاحتباس الناقص وتكون لها النفقة فان

منعها من العمل فان النفقة تكون لها ولا تعد ناشزا ولكن المشرع لم يترك الزوجة العاملة طليقة من أى قيد وانما جعل للزوج ان يمنعها عن العمل اذا تحقق أمران .

أولا : اذا ظهر ان عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب باساءة استعمال الحق .

والثاني : اذا طلب منها الزوج الامتناع عنه .

ولما كان تحقق الأول أو عدم تحققه سيكون مجالا للنفى والاثبات عند النزاع فقد نص التقنين على ان الفصل فى ذلك وما يشابهه للقاضى .

واشتراط التقنين لهذا الشرط الأول (الذى يتدخل فيه القاضى) واضح فى انه اعتبر الاذن السابق من الزوج صراحة أو ضمنا مسقطا لحقه الأصلى فى اعادتها الى الاحتباس الكامل الى الحياة الزوجية بطلبه فحسب ومن ثم فعلى الزوج عند النزاع رفع الأمر الى القضاء وعليه اثبات ان عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب باساءة استعمال الحق والقاضى هو الذى يقدر ذلك كله ويحكم فيه بما يبدو له فقد يترتب على سبق الاذن من الزوج ولو ضمنا بعدم اعتراضه اسقاط لحقه الأصلى فى الاحتباس الكامل ونورد ما استقر عليه القضاء بشأن النفقة فى حالة الزوجة العاملة .

ان الفقهاء لم يذكروا الاحتراف على انه مانع من استحقاق النفقة لذاته بل أوردوه على انه صورة من الصور التى يشملها تعريف النشوز وهو الخروج عن المنزل صاحبه احتراف أو لم يصاحبه لما فى ذلك من فوات تسليم نفسها تسليما تاما من جهتها وذلك لا يتحقق الا اذا كان هناك منزل للزوج هيأه لها أما اذا لم يكن للزوج منزل فلا يتحقق الخروج عنه ويكون فوات التسليم آتيا من قبله هو فسواء احترفت الزوجة أو لم تحترف فى هذه الحالة فانها تكون مستحقة للنفقة لأن الاحتراف فى ذاته غير محقق للنشوز

الا ترى منه وبالتالى لا يكون اشتغالها به عصيانا له ونشوزا مانعا من وجوب نفقتها عليه وهذا الذى ينبغى تحريره وترجيحه كما أشار اليه ابن عابدين فى الجزء الثانى من حاشيته ص ٦٨٣ وموضع ذلك بالضرورة اذا كان الزوج لم يأذن لها فى هذا العمل وترتضيه ويقبل استمرارها فيه أما اذا كان ذلك باذنه ورضائه فلا يكون ذلك منها مخالفة لأمره ولا مصادرة رغبته ولا نشوزا يستوجب حرمانها من حق نفقتها سواء كان رضاه مجاراة لطبيعة الحياة الحاضرة التى رفعت المرأة الى غير مرفق من مرافقها ومساهمة فى السير بركب الحضارة الى غايته ومشاركة فى النهضة الاجتماعية التى خصت المرأة بكثير من الأعمال التى تصلح لها وتقوى على احتمالها وتحسن الاجادة والتفوق فيها ولا تنكر الشريعة السمحة خروجها من أجلها قياما بالواجب وأداء لحق الوطن على المواطن الصالح القادر على وضع لبنته فى بناء تقوى من أساسه وترفع من صراحه وان كان ذلك منه لمعنى آخر له باعتباره عند الكثيرين فى عصرنا الحاضر قصدا منه الى تخفيف العبء عن كاهله وضم طاقة من العون الى طاقة ترفع عنه تكاليف الحياة التى تنوعت مطالبها وازدادت نقصه بما عساه يقطع عنه موردا يرفع عنه وينفث من بعض ضيقه وكربته وخصوصا فى هذه الحياة التى تنوعت احتياجات الحضارة فيها وان تستبقى وظيفتها وتعمل بطبيعة الحال فى الوقت نفسه على قطع صلة الزوجية بينها وبين زوجها وفى ذلك ما فيه كوارث هائلة تصيب الأسرة فى صميمها.

كما قضى بأن احتراف الزوجة اذا لم يلحق الأذى بالزوج ويعطل حقوق زوجته فلا تمنع الزوجة منه شرعا .

من المقرر شرعا ان لكل من الزوجين حقوقا على صاحبه كما ان عليه واجبات له ومن ضمن حقوق الزوجة على زوجها وجوب نفقتها عليه شرعا مقابل حقها عليه ان تلتزم بيته وتتفرغ لشئونه التى شرع الزواج من أجلها

وكان له من أجل ذلك ان يمنعها من كافة الأعمال المقتضيه للكسب لاستغنائها عن التكسب بوجوب كفايتها عليه شرعا ومن جعل هذا الحق خالصا للزوج في كل الظروف الا في مواضع يسيره استثناها بقدر ومنهم من قيده بما اذا كان العمل مؤديا الى المساس بحقوقه أو محارمه فيحول بينها وبينه أما اذا كان لا ضرر منه يؤذيه وليس ماسا بحقوقه وواجباته فليس له ان يمنعها ضروراتها سواء كانت الأولى أم الثانية فانه راض عن عملها هذا المعنى في نفســه خاص أو عام وهذا الرضى دليل ان هذا العمل لا يلحق به الأذى ولا يعطل حقوق زوجته ولا ينقص واجباته وما دام كذلك فلا تمنع الزوجة منه شرعا ما دام رضاه قائما لم يعدل جديا عنه ولم يغير رأيه قطعيا فيه [1]

واشتغال الزوجة في بيت الزوجية بعمل من الأعمال التي تناسبها وذلك كحياكة الثياب وأعمال الابرة وغير ذلك لايسقط نفقتها اذا لم يرضى الزوج بها لانها موجودة في بيت الزوجية فيتحقق الاحتباس الذي يوجب العقد الصحيح نفقتها

ما لا يعد نشوزا في حكم القانون الجديد

استحدث المشرع أمورا اعتبرها مما لا تسقط النفقة ووضع لها ضابط الأحـوال التي فيهـا خـروجها بحـكم الشـرع ومن ذلك ما يأتي

١ - حق الزوجة في الخـروج من منزل الزوجيـة لقـضـاء حوائجها التي يقضي بها العرف

٢ - اذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها وهو عالما بعملها على النحو السالف بيانه تفصيلا في البند السابق

---

(١) راجع في هذا القضاء الشرعي للمستشار أحمد الجندى المرجع السابق ص ١٤٩ وما بعدها وراجع المستشار العمروسي أصول المرافعات الشرعية ص ٤٤٠

٣ - اذا خرجت لزيارة محرم مريض .

٤ - ما تقضى به الضرورة وذلك كاشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو اذا أعسر الزوج بنفقتها.

هذه الحالات هى ما أوضحها المشرع فى الفقرة الخامسة لأمور لا تعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية سواء أذن بذلك زوجها أو لم يأذن فاذا ماخرجت فى هذه الأحوال بغير اذن زوجها لا تعد ناشزا ولا يسقط حقها فى النفقة والأمر فى ذلك متروك لتقدير القاضى عموما .

إمتناع الزوجه عن طاعة زوجها وإثباته وفقا لنص المادة ١١ مكررا ثانيا:

يجرى نص المادة ١١ مكررا ثانيا من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى:

« اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع . وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه ان يبين فى هذا الاعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان ، وعليها ان تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعته والا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون ».

والطاعة التزام على الزوجة[١] بالانقياد للزوج فى الحقوق المترتبة له على عقد الزواج فتتقيد بملازمة بيتها وعدم الخروج منه الا بأذن وتبادر الى فراشه اذا طلبها ولم تكن ذات عذر شرعي وان تصون نفسها من كل ما يشينها ويلحق ضررا بالزوج سواء كان فى نسبه أو فى شرفه وان تحافظ على أمواله فلا تعطى لأحد شيئا مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه وأصل هذا الالتزام ثابت من قوله سبحانه وتعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبتغوا عليهن سبيلا » وقوله تعالى أيضا « قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو ابنائهن أو ابناء بعولتهن أو اخوانهن أو بنى اخوانهن أو بنى اخواتهن أو نسائهن » .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة ان أمرها اطاعته وان نظر اليها سرته وان اقسم عليها أبرته وان غاب عنها حفظته فى نفسها وماله » .

وهذا الالتزام هو الوجه المقابل لالتزام الزوج بالانفاق على زوجته وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة السادسة مكررا ثانيا فأوجب على الزوجة ان تطيع زوجها فان امتنعت بدون حق توقف نفقتها من تاريخ امتناعها .

(١) راجع القضاء الجزئى فى مسائل الأحوال الشخصية للمستشار صلاح الدين زغو ص ١٧٧ وما بعدها

شروط طاعة الزوجة لزوجها وفقا لما استقر عليه القضاء لأنه يمكن ان يستشف شروط طاعة الزوجة على زوجها فيما هو آت [١]

١ - أن تكون الزوجة قد استوفت عاجل صداقها

٢ - أن يكون الزوج أميناً على زوجته ومالها ، ان كان لها مال .

٣ - أن يكون قد أعد لها مسكناً شرعياً

متى تعتبر الزوجة ممتنعة عن طاعة زوجها

كان المشرع صريحا فى هذا اذ اعتبر ان الزوجة اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها على يد محضر كما أوجب على الزوج ان يبين فى هذا الاعلان المسكن وأتاح النص للزوجة ان تعترض على الانذار فى خلال ثلاثون يوما حسب النص الجديد وأن توضح الأوجه الشرعية التى تدفعها الى عدم طاعة زوجها واذا خلى اعتراضها من هذه الأوجه أوجب على المحكمة ان تقضى بعدم القبول ومن الناحية الأخرى قرر المشرع ان النفقة توقف عند تاريخ اعلان الزوج الى الزوجة بالعودة الى المسكن اذا لم تعترض فى الميعاد واذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع صلحا بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا ان لها ان تبحث شرعية المسكن اذا كان اعتراض الزوجة منصبا على شرعيته ولها ان تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب اذا بان لها ان المسكن الذى حدده الزوج فى الاعلان غير مستوفى لما يجب توافره شرعا أو عرفا

---

(١) راجع الجزء الثانى من حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين طبعة دار احياء التراث العربى ص ٣٢٩

تطبيقات قضائية

الموطن فى الشريعة الاسلامية ماهيته . احتمال تعدده . عدم انتقاصه بموطن السكن .

الرأى عند فقهاء الشريعة الاسلامية - وطبقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الموطن الأصلى هو موطن الانسان فى بلدته أو بلدة أخرى اتخذها دارا توطن فيه مع أهله وولده ، وليس فى قصده الارتحال عنها ، وهذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص بموطن السكن وفقا لنص المادة العشرين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن « محل الاقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » .

(الطعن٣٨س٤٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٢ / ١ / ١٩٧٧س٢٨ص٢٣٢)

الموطن فى مفهوم المادتين ٤٠ مدنى ، ٢٠ من اللائحة الشرعية . المكان الذى اعتاد الشخص الاقامة فيه بصفة مستقرة . التغيب عنه فترات . لا أثر له .

(الطعن٣٠لسنة٥٢ق«أحوال شخصية»جلسة٢٤ / ٥ / ١٩٨٣س٣٤ص١٢٨٥)

اعلان صحف الدعاوى والطعون للأشخاص الذين لهم موطن معلوم بالخارج . تمامه بتسليم الصورة للنيابة .

(الطعون أرقام١٤١٢ ، ١٤٦٨ ، ١٤٩٥ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٩ / ٤ / ١٩٨٦س٣٧ ص٤٩٥)

الاعلان لجهة الإدارة . م ١١ مرافعات . لا يلزم فيه تسليم صورة الإعلان لشخص من عددتهم تلك المادة . كفاية تسليمها لمن ينوب عنه .

(الطعنان١٢٥٢و ١٢٦٩لسنة٥٢ق . جلسة ٣ / ٦ / ١٩٨٦ س٣٧ص٦٤٣)

محضر الاعلان من المحررات الرسمية حجيته مطلقة على ما دون به من أمور باشرها محررها فى حدود مهمته . عدم جواز المجادلة فى صحتها ما لم يطعن بتزويرها .

(الطعن ٨٧٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١/١/١٩٨٧ س ٣٨ ص ٦٠)

قيام المحضر بتسليم ورقة الاعلان الى من يصح تسليمها له . م ١٠ مرافعات. اغفاله اثبات عدم وجود المطلوب اعلانه. أثره. بطلان ورقة الاعلان.

(الطعن ١٢٦٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٢٤/٥/١٩٨٧ س ٣٨ ص ٧٤٠)

البطلان المترتب على عدم مراعاة اجراءات الاعلان . نسبى غير متعلق بالنظام العام . لا يملك التمسك به الا من شرع لمصلحته ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة . افادة من صح اعلانه بهذا البطلان . شرطه . ان يتمسك به من تعيب اعلانه وتقضى به المحكمة .

(الطعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٦/٣/١٩٨٧ س ٣٨ ص ٤٦٤)

بطلان بدء ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ اعلانه فى أحوال معينة .م ٢١٣/١ مرافعات انصراف . مدلوله الى الاعلان الصحيح بصورة الحكم الرسمية أو التنفيذية . علة ذلك .

(الطعن ١٠٦٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٥/١١/١٩٨٧ س ٣٨ ص ٩٦١)

ميعاد الحضور المنصوص عليه فى المادة ٦٦ من قانون المرافعات . لا يمنح إلا مرة واحدة ولا يلزم منحه مرة أخرى عند تعجيل الدعوى بعد وقفها أو تقصير جلسة تالية .

(الطعن ٤٢ لسنة ٥٥ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩/٤/١٩٨٨ س ٣٩ ص ٦٧٤)

بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الاعلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام . لا يجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها. وجوب تمسك الخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته به أمام محكمة الموضوع أو فى صحيفة الاستئناف والا سقط الحق فيه.

(الطعن ٤٠٣٢ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٠/٢/١٩٩٢ لم ينشر بعد)

ثالثا : الدفع بالمقاصه

أوضحت الماده الأولى فى فقرتها ٨ والتى يجرى نصها على النحو التالى:

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصه بين نفقة الزوجه وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية.

ووفقا لهذه المادة فإن للزوج أن يدفع الدعوى بالمقاصه أى بعدم أحقيتها فى النفقه للإنشغال فى ذمتها أى ذمة الزوجه بدين للزوج وهذا الدفع يجوز إبداؤه فى أى حالة كانت عليها الدعوى وقد حظر النص على المحكمة أن تقضى بناء على الدفع بالمقاصه بما يستغرق مبلغ النفقه المقضى به للزوجه كله أو غالبيته ولذلك وضعت قيداً جوهريا هو ضرورة أن يتبقى للزوجه ما يفي بحاجتها الضرورية كالملبس والمأكل والمسكن ومن الجدير بالذكر أن الزوج كما له الحق فى أن يطلب المقاصه بالدفع له أن يضم دعوى جديده يطلب فيها إجراء المقاصه .

الباب الرابع

الدفوع بشأن نفقة الصغير

يجرى نص المادة ١٨ مكرر ثانيا من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ : [١]

اذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم الى ان تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها والى ان يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب فان أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولادة وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم.

وتضمنت المذكرة الايضاحية بشأن تلك المادة :

فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقوال وتفاصيل فى استحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه ، وتبعا لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم .

---

(١) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضروري لتكوين الشخص واعداده للحياة سواء أكان دينيا أو دنيويا وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء ، كما يتناول ما ليس بضروري للطالب في الدين أو في حياته وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب وتعليم الولد أيا كان ذكرا كان أو أنثى يراعي فيه وسع أبيه ,ما يليق بمثله ولا يلزم الانسان بتعليم ابن أخيه مثلا الى المستوى الواجب لابنه .

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزا حكيما موجبا للنفقة اذا كان تعليما لعلم ترعاه الدولة ولا ينافي الدين وبشرط ان يكون الطالب رشيدا في التعليم وفي قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه في التعليم . ونفقة الأنثى على أبيها حتى تتزوج أو تتكسب ما يفي بنفقتها لأن الأنوثة في ذاتها عجز حكمي .

ولا مراء في أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

هذا ونفقة الأقارب تجب مطلقا لسد حاجة القريب والأولاد بالنسبة الى آبائهم يعتبرون جزءا منهم وذلك يطلق على أبائهم كلمة الأصول ويطلق عليهم كلمة الفروع [1] .

فمن الحقوق المترتبة على ثبوت النسب نفقة الأولاد تجب النفقة بالقرابة كما تجب بالزوجية الا ان وجوب النفقة بالقرابة لحاجة القريب وفقره وعجزه ووجوب النفقة للزوجة من أجل احتباسها لحق الزوج ولهذا تجب لها النفقة ما دامت محتبسة لأجله ولو كانت موسرة وقبل ان نوضح نفقة الأولاد وحكمها في ظل قانون الأحوال الشخصية نورد بعض مسائل متعلقة بها على النحو التالي [2] :

---

(١) راجع في هذا المرجع السابق للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٨٧ ، والدكتور محمود طنطاوي ص ٤٧١ .

(٢) راجع في هذا الأحوال الشخصية لأستاذ عمر عبد الله ص ٥٧٦ وما بعدها .

١ - ان نفقة الانسان تجب فى ماله ، صغيرا أكان ، أو كبيرا ذكرا كان ، أو أنثى . فمن كان له مال ، فلا يجب على أحد الانفاق عليه .

ويستثنى من هذه القاعدة الزوجة . فان نفقتها واجبة على زوجها ، ولو كانت موسرة لها أموال طائلة .

٢ - لا تجب نفقة الشخص على آخر ، مع اختلافهما فى الدين ، ويستثنى من ذلك نفقة الزوجة . ونفقة الفروع ، والأصول ، فيجب نفقة هؤلاء ، ولو مع عدم اتحاد الدين .

٣ - لا يشارك الأب أحد فى نفقة أولاده .

٤ - لا يشارك الولد - ابنا أو بنتا - أحد فى نفقة أبويه ، ويشترك الأولاد فى نفقة أبويهم . بالتساوى بدون فرق بين الوارث ، وغير الوارث وبدون فرق بين الذكر والأنثى .

واذا اجتمع الأب ، والابن ، أى اذا كان للفقير الذى تجب نفقته على الغير أب وأبن فان نفقته على الابن ، لا على الأب ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » .

٥ - لا تجب نفقة القريب على قريبة ، الا اذا كان ذا رحم محرم منه .

٦ - نفقة الفروع ، والأصول واجبة ، بدون توقف على قضاء القاضى مثل نفقة الزوجة على زوجها ، ونفقة غيرهم من الأقارب . لا تجب الا بقضاء القاضى .

أى أن نفقة غيرهم من الأقارب ، متى وجبت شرعا . لا يجبر على الأداء الا بالقضاء . بخلاف نفقة الزوجة ، ونفقة الفروع ، والأصول .

وبناء على ذلك فالقريب غير هؤلاء المحتاج الى النفقة . ليس له ان يأخذ بنفسه شيئا من مال قريبه . لنفقته . ولو ظفر بجنس نفقته . قبل القضاء، أو الرضاء . بخلاف الزوجة ، والفروع والأصول . فان لهم الأخذ قبل ذلك .

٧ - نفقة الأقارب تجب بقدر الكفاية ، لأن نفقتهم ، لدفع حاجتهم وكذلك نفقة الأولاد على الاباء . الا اذا كان الأب موسرا . فيقدر القاضى نفقة أولاده عليه . بحسب ما يراه ، ولا بقدر الكفاية .

٨ - لا يحكم بنفقة أقارب عن مدة سابقة على تاريخ الحكم ، لأن نفقة الأقارب لدفع حاجتهم . وقد اندفعت الحاجة بالفعل فى المدة السابقة بمضيها .

٩ - نفقة الأقارب . بما فى ذلك نفقة الأصول ، والفروع تسقط بمضى المدة ما لم تكن مستدانة بأذن من وجبت عليه ، أو بأذن القاضى .

فاذا مضت مدة شهر فأكثر بدون أن يأخذ نفقته المفروضة له على قريبه ، سقطت نفقة المدة الماضية ، ولا تصير دينا على من حكم عليه بها . الا اذا كان المحكوم له بالنفقة مأذونا بالاستدانة ، واستدان فعلا ، لأن نفقة الأقارب وجبت لدفع الحاجة ، وقد اندفعت الحاجة فى المدة الماضية . واذا كانت المدة التى مضت ، بدون أن يأخذ القريب نفقته المفروضة له . أقل من شهر . فلا تسقط النفقة فيها . اذ لابد من مضى مثل هذه المدة حتى يتمكن من المطالبة بالنفقة .

والنفقة واجبة على الأصل للفرع وهى تجب من وقت ثبوت الحاجة ولا تتوقف على قضاء القاضى .

تجب نفقة الفروع على أصولهم والدليل على وجوبها قـوله تعـالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقوله صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبى سفيان (خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف) .

فالاية الكريمة والحديث الشريف يدلان بنصهما على وجوب النفقة للزوجات على الأزواج .

وقد عبر الله سبحانه وتعالى فى الآية عن الأزواج بالمولود له واذا أوجبت النفقة للزوجة على زوجها بسبب ولدها منه فأنها تجب للولد على أبيه من باب أولى .

والحديث كما هو نص على وجوب النفقة للزوجة وهو كذلك نص على وجوب النفقة للولد على أبيه .

وقد حكى ابن المنذر الاجماع على ذلك أيضا .

شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول:

نفقة الفروع لاتجب على الأصول الا اذا توافرت الشروط الآتية:

١ - ان يكون الفرع فقيرا لا مال له لأنه يكون محتاجا اليها فى هذه الحالة والنفقة من باب المواساة فلا تستحق مع الاستغناء عنها كالزكاة فانه يجوز ان يأخذها الفقير ولا تدفع للغنى .

٢ - ان يكون المنفق غنيا أما بماله وأما بكسبه فاذا كان الأب له مال فواجبه ان ينفق على فرعه من هذا المال وان لم يكن له مال وكان قادرا على التكسب فيجب عليه العمل ليكسب وينفق مما يكسبه على ولده .

٣ - ان يكون الفرع غير قادرا على الكسب بطريق مشروع فان كان قادرا على الكسب فلا تجب له نفقة .

موقف المريض :

كان المشرع صريحا فى هذا حينما نص على أن العاجز عن الكسب بآفة عقلية أو بدنية توجب على الأصل نفقته الأمر الذى مفاد ومؤداه أن الابن اذا كان مريضا بمرض يمنعه عن العمل كالجنون أو الشلل فيجب نفقته على أبيه حسب صريح النص .

طلب العلم :

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص واعداده للحياة سواء أكان دينيا أو دنيويا وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء .

كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب وتعليم الولد أيا كان ذكرا كان أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الانسان بتعليم ابن أختيه مثلا الى المستوى الواجب لابنه .

ومن أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير عن الاشتغال بطلب التعليم يعتبر عجزا حكيما موجبا النفقة اذا كان تعليما لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيدا فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه فى التعليم ، ونفقة الأنثى على أبيها حتى تتزوج أو تتكسب ما يفى بنفقتها لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكمى .

ولا مراء فى أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

والمراد بطالب العلم هو تعلم العلوم النافعة المشروعة سواء كانت دينية أو دنيوية أما العلوم الغير المشروعة وأمثالها كالسحر فلا نفقة لطالبه ويستوى فى طلب العلم مراحل التعليم المختلفة على حسب قدرة من تجب عليه نفقة الفرع .

ولقد حسم القانون هذا الموقف فنص فى المادة الثامنة عشر مكرر ثانياً المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ (وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم .... الى ان يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب فإن أتمها عاجزاً عن الكسب .... أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده) .

وكما هو سابق فإن للأب أن يدفع دعوى الصغير بإثبات أن له مال ذلك أن علة وجوب النفقه بالقرابه هى سد حاجة القريب ومنعه من السؤال.

وهذا الدفع من الدفوع الموضوعية يتغير به وجه الرأى فى الدعوى .

تطبيقات قضائية :

قضت محكمة طنطا للأحوال الشخصية ولاية عن النفس بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢٩/١١/١٩٧٩في الدعوى رقم ٣٨٢ - رقم ٤٠٤ سنة ١٩٧٩ س طنطا استئنافا للحكم رقم ٣٤٤ سنة ١٩٧٨ المرفوع من .... بشأن نفقة زوجية وصغار وجاء بأسباب هذا الحكم :

وحيث انه عن موضوع الاستئناف رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٧٩ أحوال س طنطا المنضم فانه من المقرر ان نفقة الزوجة على زوجها للاحتباس من يوم الامتناع عن الانفاق مع تحقيق وجوبه وفقا للمادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩ وتقدر بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا وكانت الزوجة وفقا لنص المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وكذلك نفقة المطلقة على مطلقها وتقدر بحسب حال المطلق يسرا أو عسرا .

وحيث ان الثابت من الأوراق ان مرتب المستأنف من عمله بشركة .... يبلغ صافيه شهريا ١٦,٧٩٠ وان كسبه الشهرى من عمله فى صنع واصلاح الأحذية يقدر بمبلغ خمسة عشر جنيها بما يعنى ان جعله دخل المستأنف عليه يبلغ ٣١,٧٩٠ فى الشهر .

كما أن الثابت من الأوراق ان المستأنف عليه تزوج بأخرى غير المستأنفة وهو ما يعتبر دليل يسار المستأنف عليه الأمر الذى يكون معه المفروض نفقة للمستأنفة يقل عن المناسب لحالة المستأنف المالية .

هذا اذا روعى ان المستأنفة قد طلقت من المستأنف عليه ويجدر تطييبا لخاطرها عن ذلك زيادة المفروض بالحكم المستأنف بالقدر الذى لا يرهق المستأنف عليه ثم أن هذا المفروض سوف ينقطع اذا ما انتهت فترة عدته منها شرعا .

لذلك ترى هذه المحكمة تعديل الحكم المستأنف بزيادة المفروض نفقة للمستأنفة جنيها واحدا ليصير المفروض لها مبلغ ٦ جنيه شهريا .

كما قضى ان البنوة من الأسباب الموجبة للنفقة بأنواعها ومنها بدل الفرش والغطاء ومصاريف التعليم أما الفرش والغطاء فلا زمان لحفظ حياته من رطوبة الأرض لمبادئ القراءة والكتابة وقواعد الحساب وما الى ذلك من مبادئ العلوم اللازمة لتكوين الطفل واعداده للقيام بأعباء الحياة فانه من الزم الواجبات على الأب المكلف برعاية المنصوص عليه شرعا ان الولد الكبير العاجز عن الكسب اذا طلب من القاضى فرض لنفقة على أبيه اجابه ويدفعها اليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء فلو قال الأب ان أطعمك ولا أدفع اليه لا يجب .

(حكم محكمة مركز طنطا الشرعية فى منشور بمجلة الأحكام الشرعية السنة السابعة ص ١٦٧)

ومن ذلك قضت به محكمة طنطا الاستئنافية بجلسة ١١/١٢/١٩٨٠ فى الدعوى ٢٨٣ س لسنة ١٩٨٠ (وحيث أنه بالنسبة لما فرضه الحكم المستأنف من فرض نفقة للصغير قدرها ثلاثة جنيهات واذا كان هذا المبلغ لا يمكن ان يفى بحاجيات المعيشة الضرورية مع مراعاة حاله الغلاء الفاحش الذى وصلت اليه الأسعار ومع مراعاة عدم مناسبة ذلك لدخل المستأنف ضده ومن ثم ترى المحكمة تعديله بالزيادة وفقا للثابت بمنطوق هذا الحكم) .

كما قضت محكمة طنطا الكلية للأحوال الشخصية نفس - جلسة ١٨/١٢/١٩٨٠ فى الدعوى ٤٦٧ لسنة ١٩٧٩ س (يتعين الحكم بأجر مسكن حضانة اذ الأصل ان نفقة الصغير هى الطعام والكسوة والمسكن على أبيه لا ى شاركه فيه أحد وعلى ذلك مسكنه الصغير على والده دون سواه الا اذا كانت الحاضنة تملك مسكنا وتقيم فيه فليس على الأب سكناه) .

وحيث انه عن الموضوع فان مفاد المادة ٢٥٥ / رابعاً عقوبات أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية يحرم من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه كما لا يجوز له التصرف فى املاكه الا بناء على اذن المحكمة المدنية وأجاز المشرع للمحكوم عليه أن يعين قيما لنفسه تقره المحكمة فان لم يفعل عينته المحكمة ومهمة القيم هى ادارة مال المحكوم عليه فقط ليس له التصرف فيها وهى تنتهى بانتهاء مدة الاعتقال وترد له أمواله ويقدم القيم حسابا للمحجور عليه ، كما أن مفاد المادة ١٨ مكرر ثانيا من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن نفقة الأولاد تستمر على أبيهم الى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها الى أن يتم الابن الخامسة عشر من عمره قادر على الكسب المناسب .

وحيث انه متى كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق ان المستأنف الأول ...... قد بلغ الثلاثين من عمره قادرا على الكسب المناسب وان المستأنفة الثانية ...... قد تزوجت وتضحى بالتالى نفقتها واجبة شرعا على زوجها . ومن ثم لا تكون نفقتهم واجبة على أبيهم وأن ما ينعاه المستأنفين على القرار الطعين بان نفقتهم من قبيل الريع المستحق لهم شرعا فى أموال والدهم السجين مردود لان ذلك الإدعاء من اختصاص المحاكم المدنية ولا تختص به المحكمة الماثلة ، وأن ما ينعاه المستأنفين على القرار الطعين بان أحكام النفقه الحاصلين عليها من قبل قد حصن نهائيا . مردود لان أحكام النفقة حجيتها مؤقته ويجوز أن يرد عليها التعديل فى أى وقت طبقا لنصوص القانون واذ اعتنق القرار الطعين هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح الواقع والقانون مما يتعين معه القضاء برفض الاستئناف

(الاستئناف ١٠٧٥ لسنة ١٠٩ ق «استئناف عالى القاهرة» جلسة ٦ / ٧ / ١٩٩٣)

واستقر قضاء النقض على أن :

جريمة الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ عقوبات . مناط تطبيقها . صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتناع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه الى من له الحق فى طلبه .

جرى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات بأن « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده الى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه » فمناط تطبيق هذا النص ان يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه الى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار .

(الطعن ١٥١ لسنة ٤٢ ق - جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٤٣٣ مج فنى جنائى)

اختلاف حق الحضانة عن حق الرؤية سواء رؤية الأب لولده وهو فى حضانة النساء أو رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو غيره من العصبات .

يختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصبات .

(الطعن ١٥١ لسنة ٤٢ ق - جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٤٣٣ مج فنى جنائى)

نقض الحكم والإحالة . التزام المحكمة المحال اليها الدعوى باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها .

للمحكمة بعد ذلك مطلق الحرية في الفصل بما تراه في الموضوع . مثال في تقدير نفقة الصغير .

النعي بشأن تقدير نفقة الصغير . جدل موضوعي . لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

المادة ٢٦٩ / ٢ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لا تحتم على المحكمة التي تحال اليها الدعوى بعد نقض الحكم فيها إلا أن تتبع في قضائها حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة ، فيكون لها مطلق الحرية في الفصل بما تراه في كل ما يتعلق بالموضوع . ولما كانت محكمة النقض قد نقضت الحكم الاستئنافي الأول في خصوص نفقة الصغير لأنه أقام قضاءه بتعديل النفقة المحكوم بها ابتدائياً على ان الحكم الابتدائي جاء مشوبا بالمغالاة ، وان المحكمة رأت ان مبلغ ثلاثين جنيها فيه الكفاية لمواجهة متطلباته ، وانتهت محكمة النقض الى ان هذا يدل على أن ذلك الحكم التفت في تقدير نفقة الصغير عن حالة أبيه عسرا ويسرا طبقا للقانون الأردني الواجب التطبيق والذى لم يجحده الطاعن ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه بعد أن أشار الى نص المادة ٦٥ /ج من قانون العائلة الأردني رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٥١ أورد المستندات التي قدمها كل من الطرفين للتدليل على يسار الأب أو اعساره ، وبعد ان استعرض حالة الطاعن المالية قدر نفقة الصغير وفقا لحكم المادة ٦٥ /ج من قانون العائلة الأردني ، وهو القانون الواجب التطبيق حسبما تقضي به قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ١٥ من القانون المدني ، لما كان ذلك فلا يعيب الحكم المطعون فيه انه خالف الحكم السابق نقضه في التقدير ، ولا يعدو ان يكون النعي بهذا الخصوص جدلا موضوعيا في تقدير نفقة الصغير لا تجوز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن ٢٧ لسنة ٣٩ ق - جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٩٢٧ مج فني جنائي)

نفقة الأقارب . سببها. قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث . الحكم بالنفقة للقريب . حجية على ثبوت صلة القرار بين طرفى الدعوى . علة ذلك .

علة وجوب النفقة بالقرابة هو سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه ، والسبب فيها هو قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث ، ومن ثم فإن موضوع النسب يكون قائما فى الدعوى بطلب نفقة القريب باعتباره سبب الالزام بها لا تتجه الى المدعى عليه إلا به ، فيكون ماثلا فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما ، لما كان ذلك . وكان حكم النفقة الذى استصدرته والدة المطعون عليه لصالحه فى الدعوى رقم ...... صدر ضد والد المورث تأسيسا على أنه عم شقيق للمطعون عليه ، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو استدل مما اشتمل عليه حكم النفقة من قضاء على ثبوت صلة قرابة المطعون عليه بالمورث وأنه ابن عم شقيق له باعتبارها سبب الالتزام بالنفقة .

(الطعن ٢٩ لسنة ٤٦ ق – جلسة ٧/ ٣/ ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٧٥٣ مج فنى جنائى)

امتناع الوالد عن تسليم الصغير لوالدته المحكوم لها نهائيا بضمه . كفايته لإدانته بالمادة ٢٩٢ ع . مجادلته من بعد فى أحقيتها فى الحضانة . دفاع ظاهر البطلان .

من المقرر ان المحكمة غير ملزمة بالرد على الدفاع ظاهر البطلان والبعيد عن محجة الصواب كما أنها لا تلتزم بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية لأن الرد عليها مستفاد من الحكم بالإدانة استنادا الى أدلة الثبوت التى أخذ بها ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه نقل عن مستندات المجنى عليها – التى لا يجادل الطاعن فى صحتها – أن حكم ضم الصغيرين ... و ... الصادر لصالح المجنى عليها فى الدعوى رقم.... أحوال

شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافيا بالحكم الصادر فى الدعوى رقم....
أحوال شخصية مستأنف المنصورة ، وكان باقى ما أثاره الطاعن من منازعة
حول أحقية المجنى عليها فى حضانة ولديها الصغيرين .....و..... لا يكون
له محل بعد ان صدر فى هذا الشأن حكم نهائى من جهة القضاء المختص
يحسم هذا الأمر لصالحها، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه ان
هو سكت عن هذا الدفاع - إيرادا له وردا عليه - مما يفيد أن المحكمة لم
تر فيه ما يغير من اقتناعها بما قضت به وما اطمأنت اليه مما أوردته من أدلة
الثبوت فى الدعوى ، ويكون منعى الطاعن فى هذا الخصوص غير سديد .

(الطعن ٨٢٢لسنة ٤٩ق - جلسة ٤ / ١١ / ١٩٧٩س٣ مج فنى جنائى)

دفع الأب بعدم قدرته على الكسب :

أنه من المستقر عليه أن نفقة الصغير لا تسقط عن والده مادام
موجودا وقادرا على الكسب حتى ولو كان فقيرا .

الباب الخامس

الدفوع بشأن الحضانه

يجرى نص المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى : [١]

« ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين ان مصلحتها تقتضى ذلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

واذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا ، نظمها القاضى على ان تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ، ولكن اذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا الى من يليه من اصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

---

(١) معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

الأم ، فأم الأم وان علت ، فأم الأب وان علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم ، فالإخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنت الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فاذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق فى الحضانة الى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الارث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

فاذا لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضانة الى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :

الجـــد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ثم الخال الشقيق . فالخال لأب ، فالخال لأم .

وقد تضمن تقرير اللجنة المشتركة بشأن هذا النص:

قضت المادة (٢٠) من المشروع بأن تنتهى حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن الاثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذا السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة .

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين ان المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوافر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعون من يد الحاضنات .

ولقد اشترطت هذه المادة لكى يقرر القاضى مد فترة الحضانة ان تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة فى بقاء الحضانة بيد النساء وذلك مع التزام الأب بنفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير ذلك الى جانب ما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه ، كما قررت هذه المادة حرمان الحاضنة من أجر الحضانة فى المدة التى تمتد اليها بأذن القاضى والسند الشرعى لهذه الأحكام هو مذهب الأمام مالك .

وترى اللجنة ان ما جاء من أحكام فى المشروع بهذا الشأن يكفل الرعاية الواجبة للصغار وتتيح لهم الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسب للنكاية دون رعاية لصالح الصغار ، وغنى عن البيان ان حضانة الأم لا تخل بحق الأب فى ولايته الشرعية على أبنائه .

كما حددت هذه المادة من له حق الحضانة على أساس تقريرها للأم ، ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم ثم من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الذى ورد فى هذه الفقرات من المادة .

كما جاء بالمذكرة الايضاحية بشأن هذه المادة : [1]

كان العمل جاريا على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير اذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى ان يأذن ببقائه فى يد الحاضنة اذا رأى مصلحته

(١) راجع فى هذا المضبطة المؤقتة للجلسة السادسة والتسعين ١٩٨٥/٦/٣٠ ص ٢٢ .

فى ذلك الى التاسعة وان تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة الا اذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة .

وانه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين ان المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن ، ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الامام مالك فى هذا الموضوع على انه أحال ابقائهما فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق فى اقتضاء أجرة حضانة وانما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

كما أن وجود الولد ذكرا كان أو انثى فى يد الحاضنة قبل بلوغها سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فان عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وانما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانيات الأب .

ثم نص المشروع على حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير أو الصغيرة وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

واذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية اتفاقا نظمها القاضى بشرط الا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة وحق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقررة شرعا لأنه من باب صلة الأرحام التى أمر الله بها

(وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) من الآية رقم ٧٥ من سورة الانفال ثم منع المشرع تنفيذ حكم الرؤية جبرا وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد فاذا امتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا الى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ولامراء فى أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية بالأعمال للمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم بين المشروع ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوى الأرحام على نحو ما هو مقرر فى النص وما هو جارى به العمل وفقا لفقه المذهب الحنفى .

وهذا النص مطابق للنص الوارد بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والمقضى بعدم دستوريته وقد كان النص قبل هذين التعديلين .

(القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)

(للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع سنين وللصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشرة سنة اذا ثبت ان مصلحتها تقتضى ذلك) .

ولقد كان العمل جاريا قبل التعديل وحسب النص سالف البيان على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير اذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى ان يأذن ببقائه فى يد الحاضنة اذا رأى مصلحته فى ذلك الى التاسعة وان تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة الا اذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة .

وانه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين ان المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن . ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الأمام مالك فى هذا الموضع على أنه فى حال ابقائها فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

الحضانة ما هيتها :

وهى جعل الصغير فى الحضن أى تربيته وتقويمه فى سن مخصوصة وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها الضم الى الجنب فحضانة الأم لولدها هى ضمه اياه الى جنبها واعتزالها اياه من ابنه لتقوم بحفظه وامساكه .

وفى هذا التعريف محا للمعنى اللغوى للفظ الحضانة .(١)

تم تصدى القضاء لتعريف الحضانة ومن ذلك مفاد الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم . وهو ما مؤداه ان مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثا المشار اليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن ا وجية هى المدة المقررة لحضانة النساء ، وإذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أو انثى ، ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ - بعد إنتهاء مدة حضانة النساء - للقاضى فى أن يأذن بابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ والدكتورعمر عبد الله أحكام الشريعة الاسلامية الطبعة الثانية ص ٤٨١ ، والدكتور عبد العزيز عامر فى الأحوال الشخصية الطبعة الثانية ١٩٧٦ ص ١٩١ .

والصغيرة حتى تتزوج في يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك لان هذه المدة لم ترد في النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هي تعتبر إمتدادا لها وانما هي مدة إستبقاء بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهي بالنسبة للبنت التي لم تتزوج قد تطول الى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار في شئونها ويخضع الاذن بهذه المدة لتقدير القاضي من حيث دواعيها والعائد منها ، فإذا ما رخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصلية في مرحلة حفظ وتربية أولاده متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها إلا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال أو من مال من يجب عليه نفقتهم وفي القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعينة بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسي والاجتماعي وهو ما يتأباه الشرع والشارع .

(الطعن ٨٦ لسنة ٥٦ ق (أحوال شخصية) جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٩ س ٤٠ ص ٨٩١)

حاجة الولد اليها:

الولد منذ يولد محتاج لمن يعنى به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته ، لأن في حياته الأولى يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه .

والشارع قد ناط هذا الأمر بوالدى الصغير لأنهما أقرب الناس اليه في هذه الحياة . ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته رعاية

شئونه فى المرحلة الأولى فقد جعلها للأم . واما عن ولاية التصرف فى نفس الولد وحاله فقد جعلها للأب .

والذى يدل على أن الأم أحق بالولد فى الحضانة فى حياته الأولى من أبيه :

١ - الحديث لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لامرأة جاءت اليه فى نزاع بشأن ولدها وبين أبيه ، أنت أحق به ما لم تنكحى » . ذلك أن امرأة جاءت اليه صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثدى له سقاء ، وزعم أبوه ان ينتزعه منى . فقال عليه الصلاة والسلام « أنت أحق به ..... » الحديث .

٢ - اجماع الأمة على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج بزوج آخر غير أبيه .

والذى يدل على ذلك ان عمر رضى الله عنه فارق امرأته جميلة أم عاصم ابنه . وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم . فكل منهما ادعى حضانته لنفسه ، فخاصمها عمر بين يدى أبى بكر ليأخذ عاصما بحكم أبى بكر ، فقال له أبو بكر ريحها ومسها ومسحها خيرا له من الشهد عندك . وقد كان الصحابة حين قال له ذلك حاضرين ، ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان اجماعا .

٣ - المعقول ذلك لأن الصغار عاجزون عن مصالحهم فكان لابد من تعيين من يقوم بها عنهم ، حتى لا يكون الأمر فوضى لا ضابط له ، ولتستقيم أمور الناس .

وقد جعل الشارع الاسلامى الولاية عليهم فى النفس والمال الى الآباء لأنهم أقوى من غيرهم رأيا ، مع توفر الشفقة الكاملة على صغارهم وجعل النفقة كذلك عليهم لأنهم أقدر عليها . أما الحضانة فقد ناطها بالأمهات دون الآباء ، لأن الأمهات أشفق وأرفق . وهن فى نفس الوقت أقدر من غيرهم وأصبر على تحمل المشاق لبيت الولد ، بالاضافة الى أنهن أفرغ للقيام على مصلحته .

وقد لخص ذلك ابن قدامه فى المغنى بقوله ولأنها أقرب اليه وأشفق ولا يشاركها فى القرب الا أبوة ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وانما يدفعه الى امرأته وأمه أولى به من امرأة أبيه .

وكون الأم أحق بالطفل من الأب لا يعرف فيه خلاف بين أهل الفقه، ما دامت الأم قد اجتمعت لها شرائط الحضانة ، ولم يقم بالولد وصف يقتضى تخييره بينهما لقول البعض بالتخيير عند سن معينة فعلى هذا يحيى الأنصارى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأبو ثور واسحاق وأصحاب الرأى .

واستقر القضاء على أن الحضانة تربية الطفل ورعايته والاشراف عليه فى مدة معينة حسبما جرى عليه العرف وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة ولأن المعروف ان الأطفال فى هذا السن كثيرا ما يلهون ويلعبون وفى الأرض يمرحون [1] .

كما استقر القضاء على أن مدار الحضانه على نفع المحضون فمتى تحققت مصلحة الصغير فى وجه وجب المصير اليها بدون التفات الى مصلحة الأب والحضانة رعاية لها [2] .

---

(١) راجع فى هذا مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاما أحمد نصر الجندى طبعة ١٩٨٦ ص ٤٠٥ وما بعدها .

(٢) لمرجع السابق ص ٤٠٦ وما بعدها .

كما أنه قضى بأن الغرض من الحضانة هو حفظ المحضون. فان لم يتحقق فى الحضانة ذلك فلا يحكم بها. [١]

كما قضى أيضا ان الحضانة ولاية نظر لا تثبت مع الضرر وجب أن يراعى فيها الاصلاح .

كما قضى أيضا ان فى الحضانة حقوق ثلاثة حق الصغير وحق الحضانة وحق الأب - والتوفيق بينها واجب متى أمكن الوصول اليه ولأن مصلحة الصغير هى المقدمة لأن مدار الحضانة على نفع المحضون وكما لا يضار الأب بولده لا تضار الأم بولدها .

---

(١) لمرجع السابق ص ٤٠٦ وما بعدها .

الشروط الواجب توافرها فى الحاضن :[1]

سواء كان من العصابات أو من ذوى الأرحام أو من النساء :

أولا : ان يكون بالغا والبلوغ المقصود هنا بلوغ الحلم أو الحيض أو البلوغ بسن الخامسة عشر اذا لم يحصل بلوغ بأحدهما وقد روعى فى ذلك ان الرجل أو المرأة ببلوغهما هذا العمر يمكن ان يقوما بواجبات الحضانة ويؤتمنا على الصغير وهذا هو رأى الصاحبين والأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد بن حنبل وهو أيضا رواية عن أبى حنيفة .

ثانيا : ان يكون عاقلا وهذا الشرط فى غير حاجة الى شرح اذ لايتصور منح حق الحضانة لغير العاقل .

ثالثا : ان يكون ذا رحم محرم للصغير عند اختلاف الجنس وأساس هذا الشرط التحرز من الفتنة وعلى ذلك فالرجل لا يجوز له ان يحضن ابنة عمه وكذلك المرأة لا يجوز لها ان تحضن ابن عمها وقد روعى توافر هذا الشرط فى ترتيب الحاضنات وفى ترتيب العصبات وذوى الأرحام .

والمراد بالمحرمية هى المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة فان العم المتزوج من أم المطلوب ضمها بعد دخوله بها لا يجوز له ان يطلب ضم البنت اليه .

رابعا : ان يكون قادرا على تربية الصغير فاذا كان مقعدا أو مشلولا أو مريضا مرضا يشغله بنفسه عن غيره فلا يصلح لحضانة الصغير .

وليس معنى هذا الشرط بقاء الحاضن الى جوار الصغير طيلة الوقت بنفسه بل يكفى لتوافره وجود من ينوب عنه فى ذلك بشرط ان يكون تحت اشرافه .

---

(١) القضاء الجزئى المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها .

الشروط التي يجب توافرها في الحاضنة من النساء:

(أ) ان تكون حرة بالغة لأن الأمة لا تفرغ لخدمة الطفل والصغيرة لا تستطيع القيام بشئون نفسها فأولى ألا تستطيع القيام بشئون غيرها والمجنونة كذلك بل أشد .

(ب) أن تكون قادرة على القيام بشئونه فان كانت عاجزة عن ذلك لمرضها أو لتقدمها في السن أو لانشغالها بغيره بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار وطول الليل لا تكون أهلا للحضانة لأن هذا الحق انما هو لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه وذلك لا يكون مع العجز اذ عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء لأنها مسألة تقديرية .

(جـ) أن تكون أمينة عليه فتكون أمينة على نفسه وأدبه وخلقه فان كانت فاسقة مستهترة لا تؤمن على أخلاق الطفل وأدبه ولا على نفسه فأنها لا تكون أهلا لحضانته .

ولا يصح ان يفهم من هذا ان تدين ذات الرحم المحرم بشرط لاستحقاقها الحضانة فان غير المتدينة أهل في الجملة للحضانة الا اذا أدى فسقها الى الاضرار بمصلحة الطفل فيتكون على عادات سيئة فانها في هذه الحالة لا تكون اهلا لا لعدم التدين بل لعدم الأمانة ولعدم القدرة على الحضانة وان كان عدم تدينها لا يؤدى الى الاضرار بآداب الطفل أو دينه فانها تكون أهلا .

(د) ويشترط الا تكون مرتدة لأن المرتدة غير أمينة ولأنها تحبس فلا تكون قادرة على امساكه والقيام على مصالحه .

(هـ) والا تمسكه عند غير ذى رحم محرم منه كالأخت لأم تمسكه عند أبيها وهو أجنبى عنه لأن ذلك الأجنبى ينظر اليه شزرا ولا يعطف عليه فينشأ الطفل فى جو بغيض لا يألفه فيؤثر فى أخلاقه وحياته من بعد ذلك .

(و) وكذلك يشترط الا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه لأنها تكن أمسكته عند أجنبى عنه ربما لا يعطف عليه فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض أو الأذى أما اذا كان زوجها ذا رحم محرم منه فان ذلك لا يسقط حقها فى الحضانة وكأن تكون جدته لأمه تمسكه عند زوجها جدة لأمه أو خالته يكون زوجها عمه أو أخته لأمه يكون زوجها أخاه لأبيه معنى هذه الصور واشباهها لا يكون تزوجها مانعا من ثبوت حقها فى حضانة الطفل لأنها تمسكه عند من يعطف عليه فى غالب أحواله وليس من شأنه أن يمقته ويبغضه .

واتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس بشرط فاذا كان مسلم متزوجا مسيحية وله بنتا منها وافترقا فان الخلاف بينها وبين بنتها فى الدين لا يمنع حقها فى الحضانة اذ تكون البنت المسلمة تبعا لأبيها ويستمر حق الحاضنة ثابتا مع اختلاف الدين الى أن يضر ذلك بدين الطفل ولذلك ينزع من يدها فى حالتين :

١ - اذا كان الطفل فى سن التمييز فيعقل الأديان ويفهمها ويخشى من تأثره بدينها اذا رآها تقوم بصلواتها وطقوسها الدينية .

٢ - اذا لم يبلغ الطفل سن التمييز ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها وتعويده عاداته وتنشئته عليه فانه فى هذه الحالة ينزع من يدها اذ اتضح انها غير أمينة على دينه والامانة شرط .

زمن الحضانة :

لا خلاف فى أن الحضانة تبدأ بولادة الطفل حيا وعلى ان المحضون ذكرا أو انثى يبقى فى يد حاضنته الى ان يبلغ حد الاستغناء عن خدمتها لما جبلت عليه النساء من الصبر والشفقة والحنان .

فإذا بلغ حد الاستغناء عن خدمتها فلا يخلو الأمر من ان يكون ذكرا أو انثى ولكل حالة حكم . فان كان ذكرا بقى فى حضانة النساء ، إلا ان يبلغ حد الاستغناء عن خدمتهن ثم يضم الى عاصبه من الرجال .

وبلوغ حد الاستغناء اناطة بعض الحنفية بقدرة المحضون على الأكل والشرب واللبس والوضوء وحده ،من غير تقدير بسن معينة .

وذكر الخصاف ، ان حده سبع سنين ، وقدره أبو بكر الرازى بتسع سنين ، لانه لا يستغنى عادة قبل بلوغ هذه السن .[1]

وقد حدد القانون فى المادة ٢٠ سالفة الذكر .

انه ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشر سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين ان مصلحتها تقتضى ذلك .

أما اذا لم تتعين على هذا النحو فان وجد غيرها ومن تتوفر فيه شروط الحضانة فانه يكون عندها لان فيه رعاية لمصلحة المحضون اذ سوف يكون فى حضانة من هو أهل لها .

---

(١) راجع أحكام الأسرة فى الاسلام أحمد فراج المرجع السابق ص ٢٤٥ وما بعدها .

ومما يترتب على القول بان الحضانة حق للحاضن والمحضون ان الحاضنة اذا تنازلت عن حقها ورضى من يليها فى استحقاق الحضانة بالحضانة ثم عن لها بعد ذلك ، أن تطالب بها فلها ذلك وتجاب الى طلبها ولو كان قد سبق حكم باسقاط الحضانة الى غيرها مادامت اهلا لها لانه اذا بطل حقها فى استحقاق الحضانة بتنازلها يبقى حق الولد فى أن تحضنه من هى أقرب اليه ويكون ابطالها حقها من قبيل التزام مالا يلزم ولها حق الرجوع فيه على أنها لا تملك هذا التنازل لان كون الولد فى يدها لم يقصد به مصلحتها الذاتية وانما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شئ لا تملكه يعتبر ضربا من اللغو .

ولو اختلفت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع ، صح الخلع ، و بطل الشرط فلها ان تطلب حضانة ولدها بعد ذلك لأن الحضانة حق الولد كما هي حق الأم فلا تملك الأم اسقاط حقه مادام محتاجا اليها .

وحاجة الولد فى الحضانة الى أمه بخصوصها لا تكون الا اذا تعينت للحضانة حتى لا يضيع الولد .

ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة:

يثبت حق الحضانة للرجال والنساء ، على ما هو انفع للمحضون وأصلح ، الا ان النساء بها اليق لانهن ابصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت .

ولقد أجمع الفقهاء على أن الأم إذا ما توافرت لها أهلية الحضانة انها تكون أحق بامساك الولد وتربيته من الأب ، ومن غيره حال قيام الزوجية ، وحال انقضائها لحكم الرسول ﷺ واجماع الصحابة .[1]

---

(١) المرجع السابق ص ٢٢٩ وما بعدها .

ولان الأم أقرب الى وليدها واشفق عليه ولا يشاركها فى القرب الا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وانما يدفعه الى امرأته أو أجنبية وأمه أولى من أمرأة أبيه الأجنبية ومن أجنبية .

واذا لم توجد الأم أو وجدت ولم تكن اهلا للحضانة انتقل حق الحضانة الى من يليها من النساء وقد اختلف الفقهاء فى ترتيبهن اختلافا واسعا ونكتفى هنا فى ترتيب المستحقات بعد الأم ، على المذهب الحنفى الذى هو القانون الواجب التطبيق .

والمستحقون للحضانة في المذهب الحنفى يختلفون باختلاف سن المحضون فقبل استغناء الصغير عن خدمة النساء يكون الأحق بالحضانة عندهم: النساء المحارم على ان يراعى ان قرابة الأم مقدمه دائما ، على قرابة الأب والجد .

فإن لم يوجد للصغير محرم من النساء انتقل الحق الى محارمه من الرجال العصبة فان لم يوجد له محرم عاصب انتقل حق الحضانة الى محارمه من الرجال غير العصبة فان لم يوجدوا انتقلت الحضانة الى من يثق به القاضى رجلا أو امرأة .

واذن فالحضانة فى المذهب الحنفى فى الفترة الأولى من عمر الولد ، تكون :

أولا : للنساء المحارم .

ثانيا : للرجال المحارم من العصبات .

ثالثا : للمحارم من غير العصبات .

رابعا : لمن يثق به القاضى .

أما بعد استغناء الولد عن خدمة النساء فتكون حضانته للعصبة المحارم من الرجال ، وفيما يلي بيان ترتيب كل صنف من هذه الأصناف .

أولا : ترتيب النساء :

(١) الأم ، للاجماع .

(٢) أم الأم ، أى الجدة لأم ، وان علت ، لان هذه الولاية مستفادة من قبل الامهات فكانت أولى من غيرها .

(٣) أم الأب وان علت لانها أم فى نفسها كأم الأم . والأم - مقدمة على غيرها فى الحضانة والقربى من الجدات لأم أو لا تحجب البعدى فلاحق للبعدى عند أهلية القربى .

(٤) اخوات المحضون وتقدم منهن الشقيقة على من كانت لأم أو لأب لان الشفقة بالقرابة وذو القرابتين أشفق فكان بالحضانة أولى وأحق ، ثم من كانت لام على من كانت لأب لان ثبوت هذا الحق بقرابة الأم ثم من كانت لأب .

(٥) بنات الأخوات الشقيقات أو لأم وتقدم بنات الأخوات - الشقيقات على بنات الأخوات لأم .

(٦) الخالات تلى مرتبتهن مرتبة بنات الأخوات الشقيقات أو لأم وتقدم التى لأم على الخالة لأب .

وكانت مرتبة الخالات تالية لمراتب الأخوات مطلقا ، وبنات الأخوات الشقيقات أو لأم لان الاخت الشقيقة بنت الأبوين ، ولأم بنت الأم ، ولأب بنت الأب .

ولان بنت الأخت الشقيقة من ولد الأبوين وبنت الأخت لأم من ولد الأم ، فكن لذلك جميعا أقرب من الخالات لانهن بنات الجد .

والحضانة مدارها الشفقة وقرب القرابة هو مظنة هذه الشفقة والشفقة مراتب ، تعرف بدرجة القرابة فأعلاها قرابة الأم وادناها قرابة العمة لأب .

٧ - بنات الأخوات لأب ، لان شفقتهن دون شفقة بنات الأخوات لأم .

٨ - بنات الأخوة ، تقدم منهن الشقيقة ثم من كانت لأم ، ثم كانت لأب ، وكانت مرتبتهن تالية لمرتبة بنات الأخوات ، لأن الأخوات لهن حق فى الحضانة دون الأخ فكان المدلى بهن أولى .

٩ - العمات ، يلين بنات الأخ لانهن وان اشتركن فى الأدلاء - للمحضون بالذكر ، الا ان بنت الأخ اقرب لانها ولد الأب والعمة ولد الجد .

وكانت الخالات أولى من العمات وان تساوين فى القرب ، لان الخالات يدلين بقرابة الأم فكن اشفق . وتقدم من العمات العمة الشقيقة ثم لأم ثم لأب .

١٠ - خالة الأم ، وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب .

١١ - خالة الأب ، الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب .

١٢ - عمة الأم ، الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب .

١٣ - عمة الأب ، الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب .

وهذا آخر الدرج في استحقاق النساء المحارم للحضانة ، وأما بنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات فلاحق لهن فى الحضانة لانهن غير محرم .

ثانيا : ترتيب المحارم من العصبات :

اذا لم يوجد من النساء محرم للصغير انتقل حق حضانته الى المحارم من العصبات والترتيب بينهم كالترتيب فى باب الميراث وولاية النكاح .

وعلى ذلك ، فان أولى المحارم من العصبات استحقاقا للحضانة هو : الأب ، ثم الجد ، لأبوان وان علا ثم الأخ الشقيق ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب وان نزل ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم ان كان المحضون غلاما فان كان انثى لم يكن له الحق فى الحضانة سواء كانت المحضونة مشتهاه أو غير مشتهاه لانه رحم غير محرم فلا يؤمن منه ان يطمع فيها فلهذا لا يكون له أن يضمها وان كانت ولاية التزويج له . باعتبار العصوبة .

واذا تساوى من لهم الحق فى الحضانة كأخوة اشقاء ، وطلب كل منهم ضم الصغير اليه فيقدم اصلحهم دينا وورعا ، لانه انفع – للمحضون اذ هو يتخلق باخلاقه .

فان تساووا فى التفضيل فأكبرهم سنا ، لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به .

ثالثا : ترتيب المحارم من غير العصبة :

اذا لم يوجد للولد أحد من أهل المرتبة الثانية انتقل حق الحضانة الى المحارم من غير العصبة على الترتيب التالى : الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن

الأخ لأم ثم العم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم ولاحق لابن العمة والخالة والخال في الحضانة كما لاحق لبنت العمة والخالة والخال وسواء كان المحضون ذكرا أو انثى لا ن شرط ثبوت ولاية الحضانة للأقارب غير العصبة المحرمية وولد العمة ونحوه وان كان قريبا الا انه غير محرم للمحضون فلا تثبت له هذه الولاية .

رابعا : من يثق به القاضى :

اذا لم يوجد أحد من الأصناف المتقدمة فان امر الصغير أو الصغيرة يكون مفوضا الى القاضى يسلمه لمن يشاء بحيث يثق به ويعتقد انه يقوم بمصالح الصغيرة ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة كابن العم بالنسبة لبنت عمه وبنت العم بالنسبة الى ابن عمها لان الولاية له فيراعى الأصلح .[1]

ولقد صاغ القانون ترتيب الحاضنات فى المادة ٢٠ على النحو التالى :

والملاحظ على هذا الترتيب انه أسس على ان الحضانة لقرابة الأم كما انه روعى فيه قواعد ثلاث وهى على النحو التالى:

الأولى : تقديم الأقرب فى القربى على من يليها فتقدم الأخت على بنت الأخت وتقدم الأخت لأب على الخالة فى حين ان الأولى لا علاقة لها بالأم وذلك لقرب درجتها فى القرابة .

الثانية : تقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد قرابتهما قربا فقدمت الأخت لأم على الأخت لأب وقدمت الخالات لأم على الخالات لأب.

---

(١) المرجع السابق ص ٢٣٣ .

الثالثة : تقديم الأقوى فى القربى عند اتحاد درجة القرابة والأولاد بالأم فتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم وتقدم العمة الشقيقة على العمة لأم .

فاذا لم يكن للصغير أو الصغيرة حاضنة من النساء السابق ترتيبهن على النحو المتقدم أو وجدن ولكن السن أهلا لها انتقل حق الحضانة للعصبات بترتيب الارث على النحو السالف بيانه فان لم يوجد أحدا من العصبات انتقل حق الحضانة الى غيرهم من الأقارب على نحو الترتيب سالف بيانه .

اذا تساوى المستحقون للحضانة فى درجة واحدة يقدم أصلحهم ثم أصغرهم سنا فان لم يوجد للصغير أو الصغيرة أحدا من هؤلاء فان الأمر متروك للقاضى .

أولا : الدفع بعدم الأمانة :

سبق ان ذكرنا أن من شروط الحاضنه أن تكون أمينه على المحضون على نفسه وأدبه وخلقه فإن كانت فاسقه مستهتره لا تؤمن على أخلاق الطفل وأدبه ولا على نفسه فإنها لاتكون أهلا لحضانته على أن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن هذا الشرط لا يستفاد منه ضرورة أن تكون الحاضنة متدينه فغير المتدينه أهلا فى جملتها للحضانة وكذلك فإن الحاضن يجب أيضا ان يكون أمينا على الصغير.

تطبيقات قضائية :

وعلى هذا قضت محكمة الأزبكية بأن المرأة بإرتكابها الفاحشة والمقضى بحبسها سنة مع الشغل لإرتكابها الزنى لا تكون أهلا لحضانة أولادها الذين يعقلون (مشار اليه بكتاب القضاء الجزئى بمسائل الأحوال الشخصية) .[1]

كما قضت محكمة ميت غمر « بأن المنصوص عليه شرعا ان الحاضنة ان كانت فاسقة فسقا يلزم فيه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى أحق به الى أن يعقل فينزع منها .[2]

قضت محكمة الأقصر بأن سابقة الحكم على الحاضنة بالحبس عشرة أيام مع الإيقاف لايسقط حقها فى الحضانة شرعا مادامت ترعى الصغير وتحفظه خصوصاً وإن كان فى سن لا يعقل فيها شئ ولا يخشى عليه من التخلق بأخلاقها .[3]

(محكمة الأقصر فى ١٩٤٨/٤/٢٧)

(١، ٢، ٣) راجع القضاء الجزئى فى مسائل الأحوال الشخصية للمستشار صلاح زغو ص ٢٠٨ .

وقضت محكمة المنيا الإبتدائية بجلسة ١٩/٥/١٩٥٤ « .... (١)

ومن حيث أنه ثبت من الأوراق الرسمية والتحريات ان المستأنف عليه الأب طلق أم هذين الصغيرين بعد أن ساءت العشرة بينهما وطرح النزاع بينهما أمام جهات القضاء المختلفة وأنه تزوج بأخرى فى سنة ٥١ فأساء اليها بعد قليل والتجأت الى القضاء لينصفها منه وإستصدرت حكما عليه بالنفقة وقد كان هذا الزواج على صداق جملته ٦٠٠ جنيه كما تزوج بأخرى سنة ٥٢ على مثل هذا الصداق وتكررت معها المأساه ذاتها فلم تكن معه أوفر حظا من الأولى وإنما كان المآل واحدا كما ثبت من المستخرج الرسمى انه كان

س ط ف

يملك ٣ ١٧ ١١ باعها فى سنتى ٤٩ ، ٥٠ إلا نذرا يسيرا ومازال مطاردا بديونه وقد قامت البينة الشرعية التى لم يطعن عليها بشئ والتى عززتها التحريات الإدارية على أن المستأنف يأتى من الأفعال ما تأباه الكرامة وينكره العقل السليم وأنه إختار لنفسه معاشرة الأشرار من الناس والسير فى ركابهم يعيث معهم فسادا مما أساء الى سمعته وسمعة أهله وأفقده ماله وهو عصب الحياة له ولأولاده وقد استولت عليه الغواية وعوامل الفساد فى جميع تصرفاته مما أفقده الحكمة والرشاد ومثل هذا فى سفهه الظاهر واستهتاره الواضح حقه ان يكون تحت ولاية رشيدة غيره لا أن يتولى أمر سواه وبالتالى يكون غير أمين على ولديه ولو أنهما فى يده لإقتضت مصلحتهما نزعهما منه وابعادهما عن مجال الغواية والفسوق والآثام التى ارتكز بنفسه فى هاويتها ووضعها فى يد أمينة تشرف على تربيتهما وتأخذ بيدهما الى مافيه رشدهما وصلاح أمرهما وحسن اعدادهما للحياة وإذا لوحظ مع كل ذلك أن هذين الولدين فى رعاية جدهما لأبيهما المستأنف منذ خرجا الى هذه الحياة وهو ملئ يملك أكثر من ٣٨ فدانا وفق المستخرج الرسمى المنوه عنه بأوراق القضية وليس له من الأبناء غير المستأنف عليه الذى تنكر

(١، ٢، ٣) راجع القضاء الجزئى فى مسائل الأحوال الشخصية للمستشار صلاح زغو ص ٢٠٨ .

له وخاب رجاؤه فيه وإنتقل الأمل الى هذين الصغيرين يتولاهما بالرعاية والتهذيب ويلحقهما بمعاهد التعليم ويوفر لهما من سبل العيش الرغيد والمستقبل الكريم .

ومن حيث أن وكيل المستأنف عليه مكن من ابداء ملاحظات على الإثبات ولم يفعل متذرعا بأمل الصلح بين المستأنف والمستأنف عليه تارة وبالرجوع الى موكله فى ذلك تارة أخرى وأخيرا قال انه متنازل عن توكيله وإنتهى أمر هذا التنازل الى إظهار حقيقة مرة تكفى لنقض الحكم المستأنف هى أن المستأنف عليه لا يعرف محل اقامته وذلك شر ما يصاب به صغير من أبيه وهو ما يؤكد سلامة موقف المستأنف من هذه الدعوى ومن رحمة الله بهذين الصغيرين ان قيض لهما فى مثل هذا السن جدهما لأبيهما المستأنف والجد أب وقد وضحت فى هذه القضية حكمته وشفقته وثبت من الأوراق المستخرجة من مدرسة ملوى الإبتدائية بأن الولد بالسنة الخامسة بها وأن البنت بالسنة الرابعة وآن تقدمهما فى التعليم مطرد وذلك دليل على حسن رعايته لهما وكمال أمانته عليهما ومن الخير لهما البقاء والإستمرار تحت رعايته ويتعين لذلك قبول الإستئناف شكلا وفى الموضوع بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى .

إحتراف المرأة بالتمثيل والرقص على المسارح مسقط للحضانة شرعا ونهى عنه ديننا الحنيف وشرعنا الحنيف الشريف، فقد أمر الله تعالى النساء بالإقامة فى البيوت ونهاهن عن التبرج، فقال تعالى: « وقرن فى بيوتكن ولاتبرجن تبرج الجاهلية الأولى » وبين ما يكن عليه عند الخروج من البيت اذا اقتضت الضرورة ذلك - فقال جل شأنه: « يأأيها النبى قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن ذلك أدنى ان يعرفن فلايؤذين»، فالتمثيل والرقص يخالفان هذه التعاليم السامية والآداب الحكيمه العاليه .

(مستأنف كلى مصر ١٩٤٩/٩/٢٧ منشور بالقضاء الشرعى للمستشار نصر الجندى ص ٤٤٠)

ثانيا : الدفع بعدم القدرة على القيام بمتطلبات الصغير:

سبق أن ذكرنا ان من شروط الحاضنة أن تكون قادرة على القيام بحاجة الصغير ذلك لأن الحضانة لصون الطفل ورعايته ولايمكن ان يتوافر هذا مع العجز وهذا يجرنا الى الحديث عن فقد البصر عما إذا كان يعد مانعا من الحضانة من عدمه .

وقد أثير فى هذا الخصوص ما اذا كان العماء مانعا من توافر هذا الشرط أم لا والقضاء متضارب فى هذا الشأن اذ قضت محكمة امبابه فى ٢٤ / ٤ / ١٩٤٤ بأنه ليس فيما اشترط الفقهاء فى الحضانة الابصار فلا يقبل الطعن على الحاضنة بأنها فاقدة الابصار متى توافرت فيها صفات الأمانة والقدرة على تربية الصغير والمحافظة على مصلحته ولم تكن متزوجة بأجنبي عنه .

وبعكس هذا قضت محكمة كفر الشيخ فى ١١ / ٤ / ١٩٥٠ فقالت بأن الغرض من الحضانة هو حفظ المحضون فان لم يتحقق فى الحاضنة ذلك فلا يحكم لها بها والعمى من أكبر أمارات العجز عن القيام بالحضانة لأن العمياء عاجزة عن القيام بأمر نفسها فهى عن القيام بأمر غيرها أعجز .

ويشير المستشار صلاح زغو (١) الى ما ارتآه العلامة زين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم فى مؤلفة الأشباه والنظائر من أن العمى بذاته لا يفقد القدره على تربية الصغير بل يجب النظر اليه باعتباره مرضا كسائر الأمراض قد يمنع من القدره على التربية وقد لا يمنع أى أن الأمر يكون متروكاً لقاضى الموضوع ينظر فيه بما فيه المصلحة ولا مانع فى هذا اذ ان بعض من يصاب بالعمى يؤتهم الله قدره وبصيرة قد لا تتوافر فيمن يبصرون.

---

(١) راجع المستشار صلاح زغو المرجع السابق ص ٢٠٧.

ثالثا : الدفع بزواج الأم بأجنبى :

سبق أن ذكرنا ان يشترط فى الحاضنة الا تمسكه عند غير ذى رحم محرم وألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه لأنها تكن عند أجنبى عنه ربما لا يعطف عليه فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض أو الأذى أما إذا كان زوجها ذا رحم محرم منه فإن ذلك لا يسقط حقها فى الحضانة وكأن تكون جدته لأمه تمسكه عند زوجها .

وللأب إذا ما تزوجت الحاضنة بأجنبى عن صغاره أن يدفع دعوى الحضانة بزواج الحاضنه بأجنبى عنه .

وقد قضى بأن المقرر فقها أن حق حضانة الحاضنة للصغير يسقط بتزوجها لأجنبى عن الصغير لأنه مبغض ولا يجوز ترك الصغير عند مبغضيه.

(حكم محكمة الجمالية الجزئية فى ١٥/١/١٩٥٨ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٩٥٨ المرجع السابق)

تطبيقات قضائية بشأن الحضانة :

أحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن الحضانة ونفقة المتعة :

إغفال عرض القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل قانون الأحوال الشخصية على مجلس الشورى لايشكل مخالفة لأحكام الدستور .

نص الفقرة الأولى من المادة / ٢٠ الخاص بحق الحضانة ونص م/١٨ مكرراً المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص بنفقة المتعة لايشكلان مخالفة لأحكام الدستور .

وحيث إن النعى بمخالفة الفقرة الأولى من المادة ٢٠ - المشار اليها - للدستور غير سديد ، ذلك أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعى ان يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، فهذه الأحكام وحدها هى التى لا يجوز الإجتهاد فيها ، وهى تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً ، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها ، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها بما يحول دون اقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإهداراً لما علم من الدين بالضرورة . وعلى خلاف هذا ، الأحكام الظنية

سواء فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً ، ذلك أن دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد الى سواها ، وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد لما يكفل مصالحهم والمعتبرة شرعاً ، ولابد ان يكون هذا الإجتهاد واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجوزها ، مقيماً الأحكام العملية بالإعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية غايتها الإهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته . والأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التى لها الحق فى تربيته شرعاً - إلى جناحها بإعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن انتزاعه منها - وهى اشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لايستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به الى غير مؤمن يأكل من نفقته ، ويطعمه نزراً ، أو ينظر اليه شزراً . وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفاً بأبعادها ، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية - القطعية فى ثبوتها ودلالتها لا تقيم لسن الحضانة تخوماً لا يجوز تجاوزها ، انطلاقاً من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها ، وإن تطرق الخلل اليها - ولو فى بعض جوانبها - مدعاة لضياع الولد ، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على مصلحته ، ودفع المضرة عنه ، بإعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون ، وأن رعايته مقدمه على أية مصلحة لغيره ، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمحض عن حق للصغير وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ويعهد اليها بأمره . ولولى الأمر ان يقدر مايراه

خيراً للصغير وأصلح له ، لمراعاة أن حقه فى الحضانة لا يعتبر متوقفاً على طلبها ممن له الحق فيها وأن ما يصون استقراره النفسى ويحول دون إيذائه ، ويكفل تقويمه من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة فيها ، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة اليها .

وكان الأصل فى حضانة الصغير والصغيرة - على ما تقدم - هو تعهدهما بالرعاية بما يحول دون الإضرار بهما ، تعين ألا تكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ فى اعتبارها تغير الزمان والمكان ، أو تغفل فى مجال تطبيقها ما يقتضيه التمييز فى نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر الى طبيعة كل منهما ، وخصائص تكوينه ودرجة احتياجه الى من يقوم على تربيته وتقويمه ، وما تتطلبه الذكورة والأنوثة منتمية ملكاتهما ، وفى ذلك قدر من المرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور ، توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة ، وأعرافهم المتغيرة ، التى لا تصادم حكماً قطعياً ، وهى مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد بإجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها ، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومنابتها ، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الإجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول الى حكم فيما لانص عليه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها ولئن صح القول بأن أهمية الإجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطر ودقته ، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الإجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية ، وهو ما نحاه النص التشريعى المطعون فيه ، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التى حددها - وهى عشر سنين للصغير وأثنتا عشرة سنة للصغيرة - لا تعدو أن تكون تقريرا لأحكام عملية فى

دائرة الإجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية ، إذ ليس ثمة نص قطعى فيها - فى ثبوته ودلالته يقرر للحضانة سنا لا يجوز لولى الأمر أن يتخطاها ، وإنما مرد الأمر فى تعيينها الى ما يترخص ولى الأمر فى تقديره مقيداً فى ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وادعى لتحقيقها ، وبما يحول دون إعناته ، وهو فى ذلك لا يصدر عن نظرة تحكمية ، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها ان مصلحة المحضون لازمها عدم ترويعه بإنتزاعه من حاضنته ، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره ، وأن وجود الوالد - ذكرا كان أو أنثى - فى يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة ، أو بعد بلوغها - حين يقرر القاضى أن المصلحة تقتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج - لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما وكان النص المطعون عليه قد تناول أموراً تنظيمية ، وتقرر لمصلحة مشروعة يستجلبها ، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونه بذهابهم الى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلا غير زمن ، وإن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها ، وكان النص التشريعى المطعون عليه قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية ، غير مناقض لمقوماتها الأساسية ، واقعاً فى نطاق توجهاتها العامة التى تحض على الإجتهاد فى غير أحكامها القطعية فى ثبوتها ودلالتها . إذ كان ذلك ، فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان ما قررته المادة (١٨ مكرراً ثالثا) - التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من الزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلاً مناسباً ، إنما

بدور وجودا وعدما مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (٢٠) المطعون عليها ، فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية اعمالا للمادة (١٨ مكرراً ثالثاً) المشار اليها يعتبر منقضياً ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة . متى كان ذلك ، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد « ....» - ابن المدعى من مطلقته - وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - انه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية ، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها ، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام التى تضمنتها المادة ١٨ مكرراً ثالثاً آنفة البيان .

(الحكم فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ق دستورية - جلسة ١٥/٣/١٩٩٣)

قضاء النقض:

الحكم نهائيا برفض طلب ضم الصغيرة لوالدها لحاجتها الى خدمة النساء . مخالفة الحكم المطعون فيه لحجية ذلك الحكم رغم عدم تغير الظروف . جواز الطعن فيه بطريق النقض ولو كان صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية .

اذ كان يبين من الحكم السابق ان المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة اليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها استغنت عن خدمة النساء فقضى الحكم برفض الدعوى استنادا الى أنه ثبت من الكشوف الطبية ان الصغيرة مصابة بمرض التبول اللاإرادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه الى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم ، وانما استند الى مجرد اهدار الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه دون ان تتغير الدواعى والظروف التى أدت الى اصداره ، فانه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة الأمر المقضى ، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات .

(نقض الطعن ٦٩ لسنة ٤٩ ق « أحوال شخصية » جلسة ٣٠/ ٤/ ١٩٨٠ س ٣١ مج فنى مدنى ص ١٢٦٩)

نص القانون المدنى فى المادة ١٣ منه على أن « يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التى يرتبها عقد الزواج ..... » الا انه استثنى من ذلك حالة ما اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فنص فى المادة ١٤ منه على سريان القانون

المصرى وحده فى هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية للزواج مما مفاده ان الحضانة باعتبارها من الاثار المترتبة على الزواج يسرى عليها القانون المصرى وحده اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاده .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

الحضانة كأثر للزواج . سريان القانون المصرى وحده عليها ، اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاده ، م ١٤ مدنى .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

حضانة النساء للصغير تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشر سنة . للقاضى ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر ، اذا تبين ان مصلحتهما تقتضى ذلك . مادة ٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط من شروط صلاحيتها للحضانة يخضع لتقدير القاضى . فله ان يبقى الصغير فى يدها اذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار بارتكاب أخفها .

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٢٢)

رابعا : الدفع بإختلاف الدين :

من المستقر عليه فقها وقضاءا أن الحاضن العاصب يجب أن يكون متحد الديانة مع الصغير .

وأنه إذا ما أسلمت الزوجة حكم بالتفريق بينهما إذا أبى الزوج إعتناق الإسلام وأن حضانة الإبن تبعا لذلك تكون لها.

وقد إستقر القضاء على أن :

إذ كان المرجع فى تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الإسلام وإباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المصرى العام فى مسائل الأحوال الشخصية وذلك وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى ، وهذا التفريق - وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - يعتبر طلاقا وليس بطلانا للزواج يعود الى بداية العقد وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه :

« إذا حكم بالطلاق حال حياة الزوجين فإن حضانة الطفل تكون لمدعى الطلاق إذا لم ينسب اليه خطأ ما » وإذ كان الثابت بالأوراق ان المطعون عليها بعد أن اعتنقت الإسلام أقامت الدعوى رقم .... كلى أحوال شخصية أجانب الاسكندرية ضد الطاعن للحكم بالتفريق بينهما بسبب إبائه الإسلام وقضى لها بالتفريق أى بالطلاق ولم يكن فى جانبها أى خطأ فإن حضانة ابنها من الطاعن تكون لها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى المشار اليها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بحقه فى حضانة الابن على قوله : « ..... » فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن ٧٦ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٨٧ س ٣٨ ص ١٧٣)

خامسا : الدفع بسقوط الحق فى مسكن الحضانه :

من المستقر عليه فقها وقضاءا أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق في شغل مسكن الزوجية دون زوجها المطلق مرتبطا بسن الصغير حتى إذا ما بلغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن إثنتى عشره سنه سقط هذا الحق .

وعلى هذا فإنه يمكن للزوج المطلق ان يرفع دعوى بسقوط حق الزوجة فى شغل مسكن الزوجيه إذا بلغ الصغير سن العاشرة كذلك يستطيع أن يدفع الزوج الدعوى التى تقام عليه لسقوط الحق فى مسكن الحضانة لبلوغ الصغير السن المشار اليها وهذا ما استقر عليه القضاء ومن ذلك الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق .ماهيتها . سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة إثنتى عشرة سنة . إذن القاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن ٨٦لسنة٥٦ق«أحوال شخصية» جلسة٢٨ / ٣ / ١٩٨٩ س٤٠ص٨٩١)

الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق . ماهيتها . سقوط ذلك الحق ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشرة سنه . أثره . شرطه . الإذن بإبقاء المحضون فى يد من كانت تحضنه . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن٢٩٦لسنة٦٤ق«أحوال شخصية» جلسة١٣ / ١١ / ١٩٩٥لم ينشر بعد)

(الطعن٢٣٢لسنة٦٢ق«أحوال شخصية» جلسة٢٧ / ٥ / ١٩٩٦لم ينشر بعد)

الباب السادس

الدفوع فى دعاوى التطليق

أولا : الدفوع فى الطلاق للضرر :

يراجع ما سبق أن أسلفناه بشأن الدفوع بعدم قبول الدعوى .

أ - الدفع بأن الضرر لم يقع على الزوجه :

يراجع ماسبق أن أسلفناه فى الدفوع بعدم القبول .

ب - الدفع برضاء الزوجه :

إذا أقامت الزوجه دعوى تطليق للضرر وأثبت الزوج أن زوجته سبق أن أسقطت حقها فى طلب التطليق للضرر لرضائها بمعاشرته لأنها تتصرف فى حقها فينفذ تصرفها . وقد نص القانون على أنه يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، اذا ادعت اضرار الزوج بها ، فالاجازة وارده بالنص على طلب التفريق ، وليس على ذات الحق وهو « التطليق لأنها لا تملكه » فاذا اسقطت الزوجة حقها فى طلب التطليق للضرر كان الاسقاط جائزاً لأنها انما تسقط خالص حقها وهو « الرخصة » فى « طلب التطليق . والأصل فى حق العبد - أيا كان نوعه - أن يسقط باسقاطه لأن ملكيته له أية صحة تصرفه فيه ويكون اسقاط الزوجة حقها فى طلب التطليق - بكل ما يدل على هذا الاسقاط دلالة واضحة من قول أو فعل أو ما يقوم مقامهما - دون توقف على قبول الزوج . ولا يمنع اسقاط

(١) راجع المستشار أحمد نصر الجندى ص ٢٥٠ .

الحق فى طلب التطليق ، عودة الزوجة اليه اذا تجدد الضرر بشروطه الواردة فى النص.

ويجوز للزوج ان يثبت اسقاط زوجته حقها فى طلب التفريق للضرر بكافة طرق الاثبات المقررة شرعاً .

(الطعن ٢٣٢ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

ثانيا : الدفع فى التطليق لعدم الإنفاق :

يجرى نص المادة ٤ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على النحو التالى:

« اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى فى الحال وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان اثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » .

ولقد كان العمل فى مصر جاريا على مذهب أبى حنيفة - لا تفريق لعدم . الانفاق - حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، فأباح بمواده الثلاثة ٤ ، ٥ ، ٦ التطليق لذلك ، ثم تبعته منشورات وزارية توضح ما ورد فيه .

وخلاصة ذلك ان الزوج الممتنع عن الانفاق :

١ - اذا كان له مال ظاهر - نفذ عليه الحكم بالنفقة فى هذا المال ، حاضرا كان الزوج أم غائبا ، ولا وجه حينئذ لمطالبة المرأة بالتفريق .

والقضاة عند تطبيقهم لهذا القانون يجعلون الكفيل بالنفقة كالزوج ، فاذا قدم لها ما تنفق منه ، أو كان له مال ظاهر تستطيع أخذ نفقتها منه - لم يكن لها حق التفريق .[١]

---

(١) الفرقه بين الزوجين للأستاذ على حسب الله ص ١٤٠ .

٢ - واذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضرا - فان أصر على عدم الانفاق بعد الحكم عليه بالنفقة ، ولم يدع يسارا ولا اعسارا ، أو ادعى اليسار ، أو ادعى الاعسار ولم يستطع اثباته بطريق من طرق الاثبات الشرعية - طلق عليه القاضى فى الحال من غير امهال ، وان ادعى الاعسار وأثبته أمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، فاذا لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

٣ - واذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائبا - فان كانت الغيبة قريبة - بأن كان في مكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل اليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام - أعذر اليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ، وبين له أنه سيطلق امرأته اذا لم تصلها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه ، فان لم يحضر للانفاق عليها ، ولم يرسل اليها ما تنفق منه، وتحققت المحكمة من وصول الاعذار اليه - طلق عليه بعد مضى الأجل .

وانما يفعل القاضى هذا - بعد ثبوت الزوجية والغيبة وعدم الانفاق وعدم وجود مال ظاهر ، وله ان يتحرى عن حالة الزواج المالية من الجهات الادارية اذا رأى فى هذا زيادة فى اطمئنان قلبه .

واذا كان الزوج بعيد الغيبة - لايسهل وصول قرار المحكمة اليه - أو كان مجهول المحل ، أو مفقودا - لا يدرى أحى هو أم ميت - طلق عليه القاضي من غير اعذار متى ثبتت الزوجية ، وغيبة الزوج ، وانه لا مال له تنفق منه ، وثبت عدم العلم بالمكان فى مجهول المحل ، والفقد فى المفقود .

تعليمات وزارة العدل بشأن التطليق للعجز عن النفقة :

جاء فى تعليمات وزارة العدل فى شأن المادة الرابعة ما يأتى:

تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التى يطلق فيها القاضى على الزوج الحاضر الذى ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه وهى :

١ - اذا تصادق الطرفان على الاعسار ، أو أنكرته الزوجة وأثبته الزوج وفى هذه الحالة يمهل مدة لا تزيد على شهر ، فان أنفق فلا تطليق والاطلاق عليه القاضى بقوله « فسخت نكاحك منه أو طلقتك منه » .

٢ - اذا ادعى الاعسار ولم يثبته لا بمصادقة ولا ببينة .

٣ - اذا سكت ولم يقل انى معسر أو موسر ، وأصر على عدم الانفاق ، وبالأولى اذا قال انى موسر وأصر على عدم الانفاق ، فى هاتين الحالتين الأخيرتين يطلق عليه القاضى بدون امهال ، باحدى الصيغتين السابق ذكرهما . وفى كل الأحوال لابد من طلب الزوجة التطليق .

الطلاق الذى يوقعه القاضى لعدم الانفاق طبقا للمادة الرابعة طلاق رجعى اذا كان بعد الدخول على النحو الذى تناولته المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

أحكام القضاء بشأن الطلاق لعدم الانفاق :

أولاً : أحكام النقض :

اقامة الزوجة دعواها بالتطليق للضرر. المادة/ ٦ م. ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ . أضافتها أمام محكمة الاستئناف امتناع زوجها عن الانفاق عليها. المواد ٤ و ٥ و ٦ ق٢٥ لسنة ١٩٢٠ . يعد طلبا جديداً يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول. علة ذلك. النعى على الحكم بأنه أغفل الرد على طلب التطليق لعدم الانفاق . غير منتج .

لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلقة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الانفاق عليها بعد أن تزوجها ، ويعد طلبا جديداً - يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول ، لأن الطلاق بسبب عدم الانفاق يقع رجعيا ، وله أحكام مختلفة أوردتها المواد ٤ و ٥ و ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف ، عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم ان يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية ، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية ، وهى من المواد التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لما كان ذلك فان النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطليق لعدم الانفاق يكون غير منتج .

(الطعن١٦لسنة٣٨ق «أحوال شخصية » جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٤س٢٥ص٩٧٩)

وحيث انّ هذا النعى مردود ذلك ان النص فى المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أنه اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر ، نفذ الحكم عليه بالنفقة من ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى فى الحال " يدل على أن مناط التفريق لعدم الانفاق وفق نص المادة المذكورة هو إنتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة ، فإن كان له مال ظاهر فلا تطلق عليه زوجته إذ رفع الظلم عنها قد تعين سبيله فى التنفيذ على هذا المال فإذا لم يوجد هذا المال ولم يدع الزوج العسر أو اليسر وأصر على عدم الانفاق على زوجته مما يعد ظالماً لها تعين على القاضى التطلق عليه فى الحال وكان إستظهار وجود المال الظاهر من عدمه من مسائل الواقع المنوطه بقاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتطليق وفقاً لنص المادة الرابعة سالفة الذكر على سند من إصرار الطاعن على عدم إنفاقه على المطعون ضدها وذلك على ما أستخلصه من إستصدارها حكماً بنفقتها عليه وحكمين بحبسه لامتناعه عن تنفيذ حكم النفقة طواعية وهو من الحكم إستخلاص موضوعى سائغ له مأخذه من الأوراق وإذ لم يقدم الطاعن أمام محكمة الموضوع الدليل على وجود مال ظاهر له يمكن التنفيذ عليه بالنفقة فان النعى على الحكم المطعون فيه بما ورد بسببى الطعن لا يعدو ان يكون جدلاً موضوعياً لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٨/١/١٩٩٤ لم ينشر بعد)

وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الإستدلال والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول

انه يشترط للحكم بالتطليق للضرر أن يكون الضرر واقعا من الزوج دون الزوجة وإذ إنتهى الحكم الى القضاء بتطليق المطعون ضدها عليه لإستحكام الخلاف بينهما على سند من أن تقرير الحكمين تضمن ان الإساءة مشتركة بينهما ، ورغم أن هذا التقرير لم يقطع بأن الضرر ثابت في جانبه . ولهذا اقترح الحكمان التفريق ببدل . ولم يتطرق الحكم الى بحث الضرر الموجب للتطليق مكتفيا بإتخاذ إجراءات التحكيم ، ومن ثم فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المحكمة لا تكون ملزمة بإتخاذ إجراءات التحكيم فى دعوى التطليق إلا فى حالتين الأولى فى دعوى التطليق للضرر طبقا للمادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عندما تكرر الزوجة شكواها فى طلب التطليق . ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى ، والثانية إذا طلبت الزوجة التطليق على زوجها من خلال إعتراضها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وتبين للمحكمة أن الخلف مستحكم بين الزوجين وذلك عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، أما إذا إعترضت الزوجة على دعوة زوجها لطاعته وضمنت صحيفة دعواها بالإعتراض طلب التطليق عليه للضرر ، فإن هذا الطلب يعتبر من طلبات الدعوى القائمة بذاتها ، وفى هذه الحالة لا تلتزم المحكمة بإتخاذ إجراءات التحكيم ، وإن هى فعلت فإن تقرير الحكمين لا يقيدها فى الحكم بمقتضاه ، وإنما يعتبر ورقة من أوراق الدعوى التى تخضع لتقدير المحكمة فى مجال الإثبات ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان المطعون ضدها طلبت التطليق على الطاعن للضرر فى صحيفة افتتاح الدعوى التى إعترضت فيها كذلك على دعوته لها

للدخول فى طاعته ، وكان طلب التطليق على هذا النحو وعلى ما سلف البيان لا يخضع لحكم المادة ١١ مكررا ثانيا المشار اليها وإنما تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان مفاد هذه المادة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه كى يحكم القاضى بالتطليق يتعين ان يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الإبتدائى الذى قضى بتطليق المطعون ضدها على الطاعن دون ان يعن ببحث توافر الضرر الموجب للتطليق والمتسبب فيه واستند فى قضائه الى تقرير الحكمين فى غير الحالات التى يتعين الحكم فيها بمقتضاه رغم خلوه من الدليل على قيام الشرط المذكور . ومن ثم فإنه يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون مما جره الى الفساد فى الإستدلال والقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه . على ان تكون مع النقض الإحالة .

(الطعن ٢٧٠ لسنة ٦٢ق «أحوال شخصية» جلسة ١٣ / ١ / ١٩٩٧ لم ينشر بعد)

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول إنه يشترط للقضاء بالتطليق طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثبوت الضرر وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين وإذ قضى الحكم الإبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطليق دون ان تتدخل محكمة الموضوع بدرجتيها لإنهاء النزاع صلحا فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود : ذلك بأن من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ إشترطت للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقا معينا لمحاولة الإصلاح بينهما ، ويكفى لإثبات عجز المحكمة عن

الإصلاح بين الزوجين ان تعرض محكمة أول درجة الصلح عليهما فيرفضه أحدهما دون حاجة لإعادة عرضه مرة أخرى أمام محكمة الإستئناف ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضته المطعون ضدها فلا حاجة لإعادة عرضه عليهما أمام محكمة الإستئناف ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الأول من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه الفساد فى الإستدلال وفى بيان ذلك يقول ان شهادة الشاهد الأول من شاهدى المطعون ضدها جاءت سماعيه إذ لم يعاين بنفسه وقائع الإعتداء المقول بها وبإستبعاد أقوال هذا الشاهد لا يتوافر للشهادة نصابها الشرعى إذ عول الحكم فى قضائه على هذه الشهادة ، فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك بأنه – من المقرر فى قضاء هذه المحكمة –ان النعى على الشهادة بأنها سماعيه من قبيل الدفاع القانونى الذى يخالطه واقع بما لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان الطاعن لم يسبق له التمسك أمام محكمة الموضوع بأن شهادة الشاهد الأول من شاهدى المطعون ضدها سماعيه ومن ثم فإن النعى يكون غير مقبول .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الثانى من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب ، ويقول بيانا لذلك إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بعدم إضراره المطعون ضدها وإستند فى ذلك الى الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٥٣٢ لسنة ١٩٨٨ كلى أحوال شخصية الذى قضى برفض اعتراضها على إنذاره لها بالدخول فى طاعته ، والحكم الصادر

فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٩٩٢ جزئى أحوال شخصية شبين القناطر الذى قضى بوقف نفقتها لنشوزها ، وإذ إلتفت الحكم عما لتلك المستندات من دلالة فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن دعوى الطاعه تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر ، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجه بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما والنشوز بفرض حصوله ليس بمانع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها لإختلاف المناط فى كل منهما ومن ثم فإن الحكم بدخول المطعون ضدها فى طاعة زوجها ونشوزها لا يكون بذاته حاسما فى نفى ما تدعيه من مضارة فى دعوى التطليق فلا تثريب على محكمة الموضوع إذ لم تعول على دلالة الحكم الصادر فى دعوى الطاعه ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الثالث من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه الفساد فى الإستدلال ، وفى بيان ذلك يقول إن الحكم إستند فى قضائه بالتطليق على ما تضمنه حكم جنائى غيابى بإعتدائه على المطعون ضدها بالضرب فى حين انهما تصالحا بعد الواقعة المثبته بهذا الحكم ، وقبلت المطعون ضدها معاشرته ، ومن ثم فإن الحكم يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المشرع إشترط للحكم بالتطليق طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ان تثبت الزوجة إضرار الزوج بها بما

لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وان يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ومعيار هذا الضرر شخصى لا مادى وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعى مما تستقل به محكمة الموضوع ، وهو يختلف بإختلاف بيئة الزوجين ، ودرجة ثقافتهما ، والوسط الإجتماعى الذى يحيط بهما ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الإبتدائى لأسبابه التى تضمنت ان المحكمة تطمئن لأقوال شاهدى المطعون ضدها التى ثبت منها ان الطاعن اعتدى عليها بالضرب والقول ، وبدد منقولاتها كما ثبت من مستنداتها انه المتسبب فى استحالة دوام العشرة بينهما ، وهذه أسباب سائغة لها معينها من الأوراق ، وتؤدى الى ما انتهى اليه قضاء الحكم فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو ان يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير أدلة الدعوى وهو ما لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

(الطعن١٣٥لسنة٦٣ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٧/٣/١٧لم ينشر بعد)

وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالوجه الأول من السبب الأول والسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول انه دفع أمام محكمة أول درجة بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٢٧٨ لسنة ١٩٨٤ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة التى أقامتها المطعون ضدها بطلب التطليق عليه للضرر إعمالا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقضى برفضها وصار هذا القضاء نهائيا بالحكم الصادر فى الإستئناف رقم ٦٢ لسنة ١٤ ق القاهرة ثم أقامت الدعوى المماثلة بذات الطلبات ، فى الدعوى السابقة إلا أن الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع

رغم أن الوقائع التى ساقتها المطعون ضدها فى الدعوى الأولى هى ذاتها التى إستندت اليها فى الدعوى الماثلة فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأن النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا إدعت الزوجه إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١» يدل على أن من حق الزوجه أن ترفع دعوى جديده تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند فى ذلك الى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها . لما كان ذلك . وكان البين من الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه بتأييد حكم محكمة أول درجة برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى على أن وقائع الدعوى الأولى مغايرة ولاحقه للدعوى الثانيه . إذ إستندت المطعون ضدها فى دعواها الأخيرة الى أن الخلاف بين الطرفين أمتد الى ساحات المحاكم . بعد صدور الحكم الأول لإتهام الطاعن والد المطعون ضدها ووالدتها وشقيقها بالسرقة فى المحضر رقم ١٣٠٦ لسنة ١٩٨٥ جنح بنها الذين قضى ببراءتهم ، وقيام الطاعن بتبديد منقولات المطعون ضدها . وحبسه شهرا مع الإيقاف فى الجنحة رقم ٧٤٤ لسنة ١٩٨٥ الظاهر فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الثانى من السبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك يقول انه يشترط

للتطليق للضرر أن يكون الضرر واقعا من الزوج على زوجته ، إلا أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما ثبت من المحضر رقم ١٣٠٦ لسنة ١٩٨٥ جنح بنها من أن الطاعن أتهم والد ووالده المطعون ضدها بالسرقة وقضى ببراءتهما ، وهو ما يشوب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى غير مقبول : ذلك بأنه - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - وجوب إيراد سبب النعى على الدعامه التى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه عليها والتى لا يكون له قضاء بدونها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه لم يؤسس قضاءه على ما أورده الطاعن بوجه النعى إنما أقام قضاءه على سند مما انتهى اليه الحكمان فى تقريرهما من إستحالة دوام العشرة بين الطرفين ، ومن ثم فإن النعى لا يصادف محلا من الأسباب التى بنى عليه الحكم قضاءه ، ومن ثم فإنه يكون غير مقبول .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن ١٦٢ لسنة ٦٣ق «أحوال شخصية» جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٩٧ لم ينشر بعد)

ثانيا : من أحكام محكمة الموضوع :

وقد قضى بأنه اذا ثبت ان المدعى عليه قد أعذر ومضى الوقت الذى ضربته له المحكمة دون ان يقوم بالانفاق على زوجته المدعية تعين تطليقها عليه طلقة رجعية عملا بالمادتين ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٦/٣/٢٥ فى القضية ٤٥١ لسنة ٥٦ كلى المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين الجزء ٢ س ٢٣٨ ص ٢٠٥)

كما حكم بأنه اذا ثبت ان الزوج مجهول المحل وانه ترك زوجته بلا نفقة وليس له مال ظاهر تستوفى منه نفقتها بالتنفيذ عليه وطلبت تطليقها لعدم انفاقه عليها - لغيابه - فانه يتعين فى هذه الحالة تطليقها بدون ضرب أجل له ولا اعذار اليه لأن الاعذار فى هذه الحالة متعذر لأن الزوج مجهول المحل كما سبق القول ويقع الطلاق رجعيا اذا كانت الزوجة مدخولا بها .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٠ / ٥ / ١٩٥٦ فى القضية رقم ٤٧٧ لسنة ١٩٥٦)

واذ كفل والد ابنه فى عقد الزواج وكان موسرا وأبدى استعداده للانفاق على زوجته وعرض عليها أمام المحكمة نقودا استلمتها فان دعوى الطلاق لعدم الانفاق لا يكون لها مبرر .

(محكمة بنها الابتدائية فى ٣١ / ١٢ / ١٩٥٦ فى القضية رقم ٩٥ لسنة ٥٦ كلى)

ولما كانت المادتان ٤ و ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد اشترطتا فى الطلاق للاعسار عدم وجود المال الظاهر لدى الزوج فانه اذا

وجد المال الظاهر الذى يمكن التنفيذ عليه بالنفقة انتفى ركن الاعسار عن الزوج وأصبح الطلاق لهذا السبب على غير أساس .

(محكمة بنها الابتدائية فى ١٨ / ٢ / ١٩٥٧ فى القضية رقم ٦ لسنة ٥٦ كلى)

وقيام المدعى عليه بدفع النفقة التى أمر بدفعها يمتنع معه اجابة المدعية الى طلبها الطلاق منه اذا كانت قد أقامت دعواها فى القول بعدم الانفاق .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٤ / ٢ / ١٩٥٧ فى القضية رقم ٥٦ لسنة ١٩٦١ كلى)

واذا امتنع الزوج عن الانفاق على الزوجة وكان له مال ظاهر نفذت بنفقتها على ماله الظاهر والمقصود بالمال الظاهر الذى تستطيع الزوجة ان تحصل منه على النفقة بالحجز والبيع ولا طلاق فى هذه الحالة لظهور عدم العجز عن الانفاق .

(محكمة دمنهور الابتدائية فى ٢٩ / ١٢ / ١٩٥٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٥)

وزوجة المعسر المجهول المحل تطلق عليه بدون اعذار وضرب أجل عملا بالمادة ٥ / ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ١ / ٦ / ١٩٥٨ فى القضية رقم ٢٢٣ لسنة ٥٨ كلى)

وامتناع الزوج عن الانفاق على زوجته لا يجيز لها طلب التطليق منه بائنا للضرر بل يطبق حكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(حكم محكمة منوف الشرعية فى ٦ / ٣ / ١٩٥١ المجموعة الرسمية لسنة ٥٣ العددان ١ و ٢ بند ٤ ص ٥٥)

وحيث ان المستأنفة قد طلبت التطليق أمام محكمة أول درجة التطليق لعدم الانفاق طبقا للمادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ ولايذاء زوجها المدعى عليه لها بالقول أو الفعل طبقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد عجزت عن الاثبات ثم بالاستئناف قدمت شهادة بوجود دعوى حبس ضد زوجها بالتنفيذ عليه بحكم النفقة وان دعوى الحبس منظورة وقد رأت المحكمة ان هذا يدل على امتناع المستأنف عليه من التنفيذ ودياً واعتبرت أن هذا نوع من الايذاء الواقع عليها من المستأنف عليه فأصدرت حكما باحالة الاستئناف الى التحقيق لاثبات ونفى ما دون بمنطوقه على النحو السالف بيانه وقد عجزت المستأنفة أيضا عن الاثبات كما سبق عجزها أمام محكمة أول درجة .

ومن حيث انه على هدى ما تقدم وللأسباب السائغة التى بنى عليها الحكم المستأنف يصبح هذا الاستئناف غير قائم على أساس سليم ويتعين رفضه وتأييد الحكم المستأنف .

وحيث أنه عن الموضوع فان ما ينعاه المستأنف على الحكم المطعون فى غير محله ذلك أن الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطليق وفقا لنص المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل هى غيبة الزوج من منزل الزوجية ويكون الضرر فى هذه الحالة هجراً قصد به الأذى ليفرق بينهما لأجله . كما أن النفقة الزوجية واجبة شرعاً على الزوج فإذا أثبتت الزوجة أنه أمتنع عن الانفاق عليها سواء بالبينة أو بحصولها على حكم بالنفقة ولم يكن له مال ظاهر وأمكن التنفيذ عليه فان للزوجة الحق فى طلب التطليق لعدم الانفاق والتطليق للضرر يقع به طلاق بائن يتعين اجابتها الى أقصى طلبها بجعل الطلقة بائنة - واذا كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع - السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن اليه

منها وأستخلاص ما تقتنع به وكانت المحكمة تستخلص من شهادة شاهدى المستأنف ضدها أمام محكمة أول درجة أن المستأنف ترك منزل الزوجية منذ عام ١٩٨٤ حتى الآن وأنه لم يقم بالانفاق عليها ومن ثم فان المستأنف عمد الى الاعراض عن زوجته المستأنف ضدها وهـجر الاقامـة معها وأنه لا يمكنها البقاء على هذا الحال دون ضرر وهو ما يشكل حالة من حالات الاضرار التى تبيح التطليق بالاضافة الى عدم الانفاق عليها رغم حصولها على حكم بالزامه بنفقة زوجية ولم يكن فى الأوراق ما يفيد أن هناك مال ظاهر للمستأنف يمكن الانفاق على المستأنف ضدها منه ولا ينال من ذلك ما أتاه المستأنف من أن محكمة أول درجه لم تعرض للاصلاح بينهما اذ ان الثابت من محضر جلسة ١٩٩١/٢/٢٤ ان محكمة أول درجه عرضت الصلح أثناء تلك الجلسة فى حضور المستأنف ضدها وكيل المستأنف . واذ اعتنق الحكم الطعين هذا النظر فانه يكون قد صادف صحيح الواقع والقانون وتقضى المحكمة فى موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف لما أسلفت من أسباب ولتلك التى أقيم عليها الحكم الطعين .

(الحكم فى الاستئناف ١٣٥ لسنة ١٩٩١ - جلسة ٦/ ٤/ ١٩٩٣ استئناف القاهرة)

وعلى هذا فـإن للزوج ان يدفع بأن له مـالٌ ظاهر يمكن زوجته أن تستوفى نفقتها منه وعليه فإن من حق الزوج ان يدفع دعوى التطليق لإنتفاء مبرره وكذلك إذا ما كانت النفقه المقامه الدعوى من أجلها عن مدة سابقة وأثبت الزوج تنازل زوجته عن النفقه فإن له أن يدفع بتنازل الزوجه عن نفقتها.

ثالثا : الدفوع فى التطليق للعيب

يجرى نص المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على النحو التالى:

« للزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » .

المقصود بالعيب :

العيب نقص بدنى أو عقلى فى أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية .

والعيوب التى ذكرها الفقهاء منها ما هو خاص بأحد الزوجين ، ومنها ما هو مشترك بينهما . [١]

وأهم ما هو خاص بالرجل ثلاثة :

١ - الجب : وهو استئصال عضو التناسل .

٢ - الخصاء : وهو سل الخصيتين .

٣ - العنة : وهى ارتخاء فى العضو يمنع القدرة على المباشرة .

---

(١) راجع الاستاذ على حسب الله . المرجع السابق ص ١٢٠ وما بعدها .

وأهم ما هو خاص بالمرأة اثنان :

١ - الرتق : وهو انسداد موضع الجماع من الفرج .

٢ - القرن : وهو عظم أو لحم سميك ينبت فى الفرج .

وأهم ما هو مشترك بينهما ثلاثة :

١ - الجنون : وهو ذهاب العقل .

٢ - الجذام : وهو داء يتآكل منه اللحم ويتساقط .

٣ - البرص : وهو بياض يبدو فى ظاهر البدن لفساد مزاجه.

وليس فى الكتاب ولا فى السنة نص فى الفرقة بالعيب الا ما روى الامام أحمد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار . فلما دخل عليها وقعد على الفراش - أبصر بكشحها [١] بياضا ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذى عليك ثيابك - وفى رواية : والحقى بأهلك - ولم يأخذ مما أتاها شيئا .

وما روى أبو داود بسنده عن ابن عباس أنه قال : طلق عبد يزيد أبو ركانة زوجة أم ركانة ، ونكح امرأة من مزينة ، فجاءت النبى صلى الله عليه وسلم ، فأخذت شعرة من رأسها وقالت : ان عبد يزيد لا يغنى عنى الا كما تغنى هذه الشعرة . ففرق بينى وبينه . فأخذت النبى صلى الله عليه وسلم حمية ... الخ ، وفى الحديث - قال النبى صلى الله عليه وسلم لعبد يزيد : « طلقها » ، ففعل .

---

(١) راجع ص ٣٤٣ جـ ١ : سنن أبو داود .

ويدل الحديث الأول على جواز مفارقة الزوج امرأته لعيب فيها ، والأصل في مفارقة الزوج ان تكون بالطلاق ، ويرجع ذلك ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم انما تصرف الزوج لا القاضى ، لعدم الخصومة .

ويدل الحديث الثانى على جواز مطالبة العنين بتطليق امرأته .

وقد اختلف الفقهاء اختلافا بعيد المدى فى ثبوت حق الفرقة ، وفيمن يثبت له ، وفى العيوب التى يثبت بها .

١ - ذهب أهل الظاهر الى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بأى عيب كان سواء أكان هذا العيب بالزوج أم بالزوجة ، وسواء أكان هذا العيب قبل الزواج أو بعد الزواج ، والذى جعلهم يمنعون التفريق بالعيب مطلقاً ، أنه لم يصح فى نظرهم دليل على جواز التفريق بين الزوجين بالعيب . (١)

٢ - وذهب جمهور الفقهاء الى جواز التفريق بين الزوجين بسبب عيوب خاصة ، وقد انقسم الجمهور فى هذا الموضوع الى فريقين :

الأول : يرى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين الا بعيوب خاصة توجد فى الرجل ، وهذا رأى فقهاء الحنفية وقد اختلفوا فيما بينهم فى عدد هذه العيوب .

فذهب الإمام أبو حنيفة ووافقه أبو يوسف ، إلى أن العيوب التى توجد فى الرجل ويحق لزوجته أن تطالب بالتفريق بينها وبينه بسبب وجود أحد هذه العيوب هى الجب والعنة والخصاء ؛ لأنها تنافى مقصود الزواج . ولا يمكن أن تزول ، فإذا امتنع الزوج عن طلاق زوجته طلق عليه القاضى لرفع الضرر عن المرأة .

---

(١) راجع الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية د . محمد محمود الطنطاوى طبعة ٧٩ ص ٣٧١ وما بعدها .

وزادها محمد الى ستة : الجب والعنة والخصاء والجنون والجذام والبرص لأن كل واحد من هذه العيوب الستة يكون سبباً لنفرة الزوجة من زوجها ، وتتضرر بالبقاء معه وفيه أحد هذه العيوب ، والشريعة الاسلامية لا ترضى . بالاضرار ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

وقد قصر الحنفية هذا الحق على الزوجة وحدها دون الزوج ، فهى التى يحق لها ان تطالب بالتفريق إذا وجدت فى زوجها أحد هذه العيوب المذكورة وليس للزوج أن يطالب بالتفريق إذا وجد فى زوجته أحد العيوب التى توجد فى النساء ، لأنه فى إمكانه أن يطلقها ، والطلاق أستر لها وأرحم بها بدلا من التشهير بها إذا رفع الأمر الى القضاء .

الثانى : يرى أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب التى توجد فى الرجل ، والعيوب التى توجد فى المرأة ، وهذا الحق لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر أحد هذه العيوب ، وهذا مذهب الأئمة ومن وافقهم ، وقد اختلفوا فى عدد هذه العيوب ، بعضهم جعلها خمساً وبعضهم جعلها أكثر من ذلك ، وعيوب المرأة الخاصة هى : الرتق والقرن .

٣ - وذهب البعض الى جواز التفريق بين الزوجين بأى عيب كان فكل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر ، ولا يحصل معه المقصود من الزواج يجوز التفريق بين الزوجين بسببه ، وهذا قول شريح وابن شهاب الزهرى وأبى ثور ، وهو الذى اختاره ابن القيم ودافع عنه .

ومنذ صدور القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أصبح العمل بغير مذهب الحنفيه ذلك أن القانون مأخوذ من مذهب الإمام مالك الذى يقول بأن الفرقة بالعيب تعتبر طلاقاً بائناً . وقد قال بذلك أيضاً الحنفية ، وخالف الشافعى وأحمد فى ذلك فقالا : إن الفرقة تعتبر فسخاً لا طلاقاً .

والقانون توسع فى هذا الموضوع ولم يحصر العيوب فى عدد معين .

مناط تطبيق المادة التاسعة :

١ - ان يكون العيب مستحكما .

٢ - ان يكون البرء غير ممكن أو ممكنا بعد زمن طويل .

٣ - انه لا يمكن للزوجة ان تقيم مع زوجها المعيب الا بضرر ان هو أصيب بواحد من الأمراض الواردة فى المادة - جنون - جذام - برص أو غير ذلك اذ ان ما ورد بتلك المادة لم يرد على سبيل الحصر للامراض انما ورد على سبيل المثال اذ ورد في المادة لفظ كالجنون أى مثل الجنون .

٤ - ان يكون ما حاق بالزوج قد ألم به قبل العقد ولم تكن الزوجة تعلم به .

٥ - ان يحدث بعد العقد ولا ترضاه الزوجة صراحة أو دلالة .

ولقد كان العمل بمصر جاريا على مذهب الامام أبى حنيفة لا تفريق الا بعيوب التناسل الثلاثة مع تأجيل الحكم بالفرقة سنة فى العنة والخصاء دون الجب حتى صدر القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ متضمنا المواد ٩ و ١٠ و ١١ ويرى أستاذنا الدكتور على حسب الله ان القانون :[١]

١ - أبقى حق الفرقة بالعيب للمرأة دون الرجل ، وكان من العدل ان يجعل له حق الفسخ بكل عيب دلس عليه فيه عند العقد ، حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال . فاما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لدرء ضررها ما يملك من حق الطلاق . وهذه الحالة هى التى تستحق المرأة فيها الستر عليها وعدم التشهير بها . وهو مذهب المالكية .

---

(١) راجع الفرقة بين الزوجين ، المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها .

٢ - ذكر العيوب التى تبيح الفرقة بوصفها عيوبا مستحكمة لا يمكن البرء منها أو يمكن بعد زمن طويل مع تضرر المرأة بها كما سوى بين ما كان منها قبل العقد وما حدث بعده ، فوضع بهذا قاعدة تعتبر أساسا للتوسع فى العيوب المبيحة للفرقة كما قال ابن القيم ، وان خالفه فى العيوب الحادثة بعد العقد. ولكنه لم يحدد الزمن الطويل الذى يعتبر البرء من العيب فيه بعيدا، وكان حريا به ان يحدده بسنة بناء على المأثور فى التأجيل حتى لا يوقع القضاة فى حيرة .

٣ - ذكر العيوب الثلاثة - التى قال بها محمد ووافقه عليها الأئمة الثلاثة - كأمثلة لتلك القاعدة ، ويشير الأستاذ على حسب الله أنه يبدو للباحث أن هناك احتمالان :[1]

أولهما : ان يكون قد أراد بهذا التمثيل ان يقصر المادة على ما يراد اعتباره من العيوب التى لم تكن معتبرة من قبل ، فتكون العيوب التناسلية الثلاثة المتفق عليها خارجة عن حكم هذا القانون ، ويبقى العمل فيها على ما كان عليه قبله ، فلا فرقة بها اذا حدثت بعد الدخول ، ويفرق بها بائنا اذا حدثت قبله ، بعد ان يؤجل الحكم فى العنة والخصاء دون الجب .

وقد يرشح لهذا الاحتمال سكوت المادة عن حكم التأجيل ، وكان من المناسب مع هذا ان يمثل بعيب خارج عن دائرة العيوب الستة المعتد بها عند الحنفية ، تقريرا لعموم القاعدة .

ثانيهما : ان يكون قد أراد دخول العيوب التناسلية فى القاعدة بحكم عمومها ، فيكون حكم هذه العيوب اذا حدثت بعد الدخول كحكم كل عيب حدث بعده ، وكحكمها هى اذا كانت قائمة قبله ، فانه لا فرق فى الواقع بين تضرر المرأة بعيب سابق على الدخول ، وتضررها بعيب

---

(١) المرجع السابق ص ١٢٩ وما بعدها .

حادث بعده كما قال أبو ثور ، وربما كان التضرر بالحادث بعده أشد وأقسى.

وقولهم : ان حق المرأة فى المتعة يسقط بالوصول إليها ولو مرة - لا يقوم على أساس ، لأن الله تعالى شرع الفرقة بالايلاء دون التقيد بعدم الوصول اليها قبله ، وجوز الفقهاء الفرقة بالغيبة خوف الفتنة وخشية الوقوع فى الزنا من غير تقييد بانتفاء دخول سابق .

وعلى هذا الاحتمال يكون التمثيل بالعيوب الثلاثة التى ذكرتها المادة قاصرا وموهما غير المراد ، وكان الأولى - ليكون النص صريحا فى هذا المعنى - ان يمثل بأحد العيوب التناسلية ، ثم بأحد العيوب التى ذكرها ، ثم بعيب آخر غير العيوب الستة كالسل مثلا ، لتكون الأمثلة مطابقة للعموم المقصود فى القاعدة .

اثبات العيب :

يكون اثبات الجب بطرق الاثبات فى مثله - فان ثبت فرق القاضى بينهما فى الحال .

اثبات العنة والخصاء فى مثله لابد من تأجيل الزوج فيها سنة يثبت فيها انه لم يقرب زوجته وعلى ذلك فلا يحكم القاضى بالتفريق بمجرد طلب الزوجة لما روى عن عمر رضى الله عنه انه أجل التفريق سنة عندما طلبته زوجه منه أدعت ان زوجها لم يقربها وبعد مرور السنة فلا يخلو الأمر من فرضين .

١ - ان يقر الزوج انه لم يقرب زوجته وحينئذ يفرق القاضى بينهما بطلقة بائنة اذا أصرت الزوجة على طلبها التفريق .

٢ - واما أن يختلفا بأن تدعى عدم قربه ويدعى هو بالعكس .

فان كانت الزوجة ثيبا فالقول له بيمينه وان كانت لا زالت بكرا فالقول قولها بيمينها .

أحكام القضاء بشأن التفريق للعيب :

من أحكام محكمة الموضوع :

واذ قرر الطبيب الشرعى ان الزوج لا يزال مريضا بمرض عقلى من طبيعته احتمال تكرار النوبات وتطرأ عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد فى ضعف ارادته ونقص ادراكه وانحطاط عقليته وان هذا المرض من الجائز شفاؤه فى بعض الأحوال الا ان علاجه قد يطول كما إن المريض يعرض لنكسات متعددة بالاضافة لمرض قلبه المزمن الذى يجعله غير صالح طبيا للعلاج فى حالة مرضه العقلى هذه علاجا فعالا لأن العلاج العنيف الفعال اللازم فى مثل حالته العقلية لا يتناسب وحالة مرض القلب المزمن مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر فانه يتعين التطليق .

(حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩/١٠/١٩٥٧ فى القضية رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ كلى)[١]

واذ كان طلب التطليق للعنة فان الشارع أوجب اتخاذ اجراءات معينة منها أنه اذا كانت الزوجة بكرا حين العقد عليها وتبين أنها ثيب وقالت ان بكارتها أزيلت بغير الوقاع فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر زوال عذارتها بالوطء لا بسبب آخر فزوالها بسبب آخر خلاف الأصل فان حلف الزوج اليمين رفضت الدعوى وان نكل طلقها القاضى عليه . وسبب هذه

---

(١) هذا الحكم والأحكام التى تليه مشار اليه فى الأحوال الشخصية للمستشار الدجوى المرجع السابق ص ٢٩٩ وما بعدها .

الاجراءات ان الوقوف على حالة العنة متعسر وليس لأهل الخبرة من الأطباء في هذا العيب رأى قاطع وقد يعجز الرجل عن معاشرة امرأة دون أخرى أو في حين دون آخر .

(محكمة القاهرة الابتدائية في١٦ / ١٢ / ١٩٥٦ القضية١٧٨٣ لسنة١٩٥٦ كلي)

تأسيس دعوى الطلاق على ان الزوج عنين وانه لم يباشر مع زوجته واجباته الزوجية وانكار الزوج وارجاع عدم مباشرته لزوجته جنسيا الى أنها لم تمكنه من نفسها وامتنعت عنه تأييد دفاع الزوج من انه مكتمل الرجولة بما قرره الطبيب الشرعي بعد الكشف عليه . من عدم وجود موانع تمنع انتصابه ومباشرته العملية الجنسية . انهار السبب الذى بنى عليه التفريق .

(حكم استئناف اسكندرية دائرة الأحوال الشخصية في ١٩ / ١١ / ١٩٥٩ في الاستئناف ٣ لسنة ١٩٥٩)

وقد قضى بأنه ما دامت الزوجة ثيبا فيكون الظاهر يشهد للزوج ويكون القول قوله بيمينه في أنه يصل زوجته وكذلك الحال اذا ادعى انه أزال بكارتها بالوقاع لا بالأصبع وهذا في حالة ما اذا ادعت ان زوجها عنين وأنكر هو ذلك .

(محكمة القاهرة الابتدائية في٨ / ١٢ / ١٩٥٧ في القضية٢٤٠ لسنة١٩٥٧ كلي)

وقعود المدعية عن رفع دعوى التطليق لاصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضاء منها بالعيب الذى أصاب زوجها اذ أنها كما قالت في عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجو برءه ليعود اليها ويستأنفا حياتهما الزوجية وليس الرجاء والأمل في الشفاء من المرض رضاء به هذا فضلا عن ان التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب ان تتحلى به الزوجة الصالحة من وفاء واخلاص للزوج .

(محكمة الاسكندرية الابتدائية في٤ / ١ / ١٩٥٨ في القضية٢٥٦ لسنة٥٧ كلي)

ومن المقرر فقها وقضاء ان الأمراض التى وردت فى سياق نص المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ انما هى على سبيل المثال لا الحصر ولذلك فهى تتسع لأى مرض آخر لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد أمد طويل ولا يمكن للزوجة المقام معه الا بضرر كالسل الرئوى والزهرى أو غير ذلك من الأمراض .

(القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٨/٤/٨ فى القضية رقم ٣٠٠٢ لسنة ١٩٥٦)

أحكام النقض بشأن التفريق للعيب :

اذ كان يبين من الرجوع الى الأوراق ان الطاعنة أقامت دعواها بطلب التطليق من زوجها المطعون ضده على سببين ، أولهما جنونه وثانيهما اضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعنة مكتفيا ببحث ما ادعته الزوجة من جنون الزوج ولم يعرض لما ادعته من اضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فانه يكون قاصرا بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٠/١١/٤ س ٢١ ص١١١٤)

إذ كانت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد أوضحت ان التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ من هذا القانون من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما اذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت اليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وامكان

البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما اذا كان مسوغا لطلب التطليق أو لا وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للاجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول الى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . اذا كان ذلك ، وكان المقرر فى هذا المذهب انه اذا ادعت الزوجة على زوجها انه عنين وانه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت انها لا زالت بكرا ، وصادقها الزوج على انه لم يصل اليها ، فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما اذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة الا اذا كان الزوج مريضا أو به مانع شـــرعى أو طبيـــعى كالإحرام والمرض فتبدأ مـن حـين زوال المانـع ولا يحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه ان كان مرضاً لايستطاع معه الوقاع ، فان مضت السنة وعادت الزوجة الى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل اليها طلقت منه . لما كان ما تقدم ، وكان البين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها ما زالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث معاشرة ، وأن الطاعن وان خلا من أسباب العنه العضوية الدائمة الا أنها قد تنتج عن عوامل نفسية وعندئذ تكون مؤقته ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فان الحكم اذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام عيب العنة النفسية به دون امهال يكون قد خالف القانون ، لا يشفع فى ذلك تقريره ان عجز الطاعن عن الوصول الى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى ، لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول الى زوجته بل استمرار

هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى اليها وبالشروط السابق الاشارة اليها .

(الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١١ / ٢ / ١٩٧٦س٢٧ ص ٤٣٢)

طلب الزوجة التطليق بسبب عنة الزوج . وجوب أمهال المحكمة للزوج مدة سنه لأمكان معاشرة زوجته . بدء سريان السنة من يوم الخصومة ألا فى حالات معينة لا يقدح فى ذلك عجز الزوج عن مباشرة زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى .

اذا كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للاجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول الى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب انه اذا ادعت الزوجة على زوجها انه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لا زالت بكرا وأنه لم يصل اليها فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما اذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة الا اذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالاحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه ان كان مرضا لا يستطاع معه الوقاع ، فان مضت السنة وعادت الزوجة الى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل اليها طلقت منه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه انه تبين من تقرير الطب الشرعى ان المطعون عليها ما زالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى

معها القول بحدوث مباشرة ، وان الطاعن وان خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة الا ان ما به من عيب قد يكون ناتجا عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقته يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فان الحكم اذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون امهال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع في ذلك تقريره ان عجز الطاعن عن الوصول الى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنه قبل رفع الدعوى لان مناط تحقق عيب العنه المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول الى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى اليها وبالشروط السابق الاشارة اليها .

(الطعن ٢٠س٤٦ق«أحوال شخصية»جلسة١٤ / ١٢ / ١٩٧٧س٢٨ص١٨٠٤)

مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على ان المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج ان ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لايتسنى معها الاقامة معه الا بضرر شديد ، وانه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الاقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة الأ تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكرة الايضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والخصاء ، وباق الحكم فيه وثقة قسم جاء به القانون

وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الا بضرر، وكان ما نصت عليه المادة ١١ سالفة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما اذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت اليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وامكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك . وما اذا كان مسوغا لطلب التطليق أولا .

(الطعن ٢٠ س ٤٦ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٨٠٤)

مفاد نص المادتين ٩ و ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على ان المشرع توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة طلب الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهى عيوب العنة والجب والخصاء وانما أباح لها طلب التفريق ان ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الاقامة معه الا بضرر شديد ، وان ما ورد ذكره من عيوب فى هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وانه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام العيب ومدى الضرر الناجم عن الاقامة مع وجوده .

(الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ لم ينشر بعد)[١]

اذ كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وان أصبح معها قادرا على اتيان زوجته بما ينفى عنه عيب العنة الا انها أصابته بعيب آخر من شانه ان يجعل الوقاع شاذا لا يتحقق به أحد مقصدى النكاح ويلحق بالزوجة آلاما عصبية ونفسية فضلا عن أنه يعرضها للاصابة بأمراض عصبية وجنسية

---

(١) المدونة الذهبية للاستاذ عبد المنعم حسنى ج ١ ص ١٥٧ وما بعدها .

أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هذا التداخل الجراحي استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه وينتفى موجب التأجيل الذى اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق لعيب العنة .

(الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ لم ينشر بعد)[١]

اذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا الى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضائره بعد ذلك خطؤه فى وصف هذا العيب بالعنة .

(الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ لم ينشر بعد)[٢]

مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية بدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على ان المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج ان ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لايتسنى لها الاقامة معه الا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الاقامة مع وجوده . كل ذلك شريطة الا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة ، ولما كانت المذكرة الايضاحية للقانون قد أوضحت ان التفريق للعيب فى الرجل قسمان : قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء ، وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة

(٢،١) المدونة الذهبية للاستاذ عبد المنعم حسنى ج ١ ص ١٥٧ وما بعدها .

معه الا بضرر ، وكان تقدير علم الزوجة بعيب الزوج ورضاها به صراحة أو دلالة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع مما لا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض ما دام الحكم يقوم على أسباب مقبولة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ١٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٨/٥/١٩٨٢)

حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل . م ١٩ ، ١١ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عنه .

(الطعن ٣٠ لسنة ٥٩ق«أحوال شخصية»جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

الدفع بعلم الزوجه للعيب :

عرضنا للتفريق للعيب وكما عرضنا لأحكام القضاء فعلى هذا فإن للزوج ان يدفع دعوى التطليق للعيب برضاء الزوجه وعلمها بهذا العيب وبالتالى لا يحق لها أن تطلب التطليق لإسقاطها حقها فى هذا على أننا نشير فى هذا المقام الى أمر هام هو ضرورة الإستعانة بأهل الخبرة من الأطباء للتأكيد على وجوب العيب إذا ما دفع الزوج بإمكان البرء من العيب هذا من جهة .

كما نشير الى أنه بالنسبة للعيب الخاص بالعنه ففى هذه الحالة إذا إعترف الزوج بدعوى الزوجة أو إذا ما أثبت أهل الخبرة ذلك فإن القاضى لا يفرق بينهما فى الحال وإنما يؤجل الدعوى سنه سواء أكانت الزوجة بكرا أم ثيباً حين العقد عليها فإذا ما إنتهت السنه وأصرت الزوجه على التطليق أمر القاضى الزوج بتطليقها فإن إمتنع طلقها القاضى عليه هذا والسنه والراجح إعتبار السنه قمريه أى هجريه لأن أهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهله فإذا أطلقوا السنه إنصرفوا الى ذلك - والتشريع المصرى لم ينص على إحتساب على هذه المده بالسنه الشمسيه .

الباب السابع

الدفوع فى دعاوى إثبات الطلاق

أولا : الدفوع فى طلاق السكران والمكره :

يجرى نص المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانونين ٣٣ لسنة ١٩٩٢ و ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على النحو التالى :

« لا يقع طلاق السكران والمكره » .

اختص القرآن الكريم الزوج بالطلاق وحل عقد الزواج من ذلك قوله تعالى من سورة البقرة ﴿ واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴾ .

والطلاق لغة يعنى حل القيد مطلقا سواء كان قيدا حسيا أو قيدا معنوى .

الطلاق شرعا : هو رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق وما فى معناها ويعرفه فقهاء آخرون بأنه رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص أو نقصان الحل فرفع قيد النكاح يكون بالبائن ونقصان الحل يكون بالرجعى فان أثير الطلاق الرجعى انما هو نقصان الحل لنقصان عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته (١) .

---

(١) راجع فى هذا المعنى الشيخ محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية الطبعة الثالثة ص ٣٣٦ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٥ والدكتور محمود الطنطاوى فى الأحوال الشخصية ص ٢٧٢ وما بعدها والمستشار محمد الدجوى فى الأحوال الشخصية للمسلمين ص ١٦٧ وما بعدها .

وكلا التعريفين شامل لقسمى الطلاق ولكن الثانى أسهل وأضبط لأنه يراعى فى كلا القسمين أثره المباشر الذى يثبت له على فور حصوله من نقصان عدد الطلقات هو الأثر الذى يثبت فورا للطلاق الرجعى .

والمراد باللفظ المخصوص فى كلا التعريفين هو ما كان صريحا مأخوذا من مادة الطلاق وتطليق أو كان من ألفاظ الكنايات مثل « محرمة وبائن » . وما اليهما من ألفاظ تحتمل الطلاق وغير يترجح فيها معنى الطلاق بمرجح خاص كالنية فيكون من ألفاظ الكناية قول الزوج لامرأته أطلقك فان ذلك يحتمل معنى الطلاق الذى هو حل قيد الزوج كما يحتمل حل قيد آخر وليس يلازمه فى ذلك اللفظ المخصوص ان يكون نطوقا به فان ما يفيد معناه من الكتابة واشارة . وهذا عن معنى الطلاق لغة واصطلاحها .

واستقر قضاء النقض على انه (يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر من يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالا بالطلاق البائن أو مآلا بالطلاق الرجعى اذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة على ان يصادف محلا لوقوعه ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة الى نية الطلاق .

والمنصوص عليه شرعا ان الاقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاءا لا ديانة ، وان الرجل اذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها وعديت عنها ، والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذبا - فانه لايصدق قضاء - فى ادعائه انه أخبر كاذبا ويدين فيما بينه وبين الله تعالى .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ق جلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٧٤س ٢٥ص ٥٢٦ مج فنى)

شروط صحة ألطلاق شرعا :

ان الشارع الحكيم قد جعل للطلاق شروطا هى :

١ - البلوغ فلو كان حيا لم يصل الى درجة البلوغ وصدر منه الطلاق لا يعتد به شرعا وكان مميزا الحديث .

٢ - العقل فلا يقع طلاق المجنون .

٣ - عدم الاكراه .

وقد أورد المشرع وصف طلاق السكران والمكروه ونص على عدم وقوعها .

طلاق السكران :

المذكرة التفسيرية :

ونصت المذكرة التفسيرية لهذا القانون على أن المادة الأولى الخاصة بطلاق السكران والمكره قد أخذت بعدم وقوع طلاق السكران بناء على قول راجع لأحمد وقول فى المذاهب الثلاثة، ورأى كثير من التابعين، وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع .كما أخذت المادة المذكورة بعدم وقوع طلاق المكره بناء على مذهب المالكية والشافعية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .

عرف الاحناف السكر . فقالوا : السكران هو من لايعرف الرجل من المرأة ، ولا السماء من الأرض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف ، فهو كالصاحى وقيل السكر الذى يصح به التصرفات ان يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس ، أو يستحسنه الناس ، لكنه يعرف الرجل من المرأة .[1]

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور الحصرى المرجع السابق ص ٣١٢ وما بعدها .

حكم طلاق السكران :

قال الكمال بن الهمام : الأمر لا يخلو اما ان يكون قد سكر بمباح أو بمحظور فان كان قد سكر بمحظور وقع طلاقه وان كان السكر بغير محظور بل بمباح كالبنج والدواء فلا يقع طلاقه. قال عبد العزيز الترمذى : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع رأسه فطلق امرأته ، قال : ان كان حين يشرب يعلم انه ما هو ، تطلق امرأته ، وان لم يعلم لم تطلق .[١]

وممن قال بوقوع طلاق السكران من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء، والحسن البصرى ، وابراهيم النخعى ، وابن سيرين ، ومجاهد .

الدليل:

واستدل لهذا الرأى بأن من سكر بمحظور يعتبر فى حكم العاقل تشديدا عليه فى الأحكام الفرعية . وهذا مناسب له لتسببه فى زوال عقله بسبب محظور ، وهو مختار فيه فاعتبرت أقواله ، فيقع طلاقه .

رأى آخر بعدم وقوع الطلاق:

وقال بعدم وقوع طلاق السكران القاسم بن محمد ، وطاووس وربيعة بن عبد الرحمن ، والليث ، واسحاق بن راهوية ، وابو ثور ، وزفر . كما نقل هذا القول منسوبا الى عثمان رضى الله عنه . وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما . وهو مختار الكرخى ، ومحمد بن سلمه ، من فقهاء الحنفية .

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور الحصرى المرجع السابق ص ٣١٢ وما بعدها .

ومن القائلين بعدم وقوع الطلاق من السكران الطماوى وقول لمالك وأحمد والليث بن سعد وابن حزم وابن القيم .

ويلاحظ ان المادة الأولى سالفة الذكر من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد نصت على عدم وقوع طلاق السكران لم تتعرض للفصل بين السكر المحظور وغير المحظور وأنها راعت ان السكران قد زال عقله فى الحالتين وبزوال عقله انعدمت فيه أهليته للتصرف فصار كالمجنون والصبى الذى لا يعقل فى عدم وقوع طلاق كل منهما .

طلاق المكره :

الاكـــراه : فعل يفعله الانسان لغيره ، يجعل ذلك الغير مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه ، ولو ترك بدون اكراه لما قام به .[1]

والاختيار : هو التمكن من فعل شئ أو تركه ، أو العكس .

والرضـــا : هو الرغبة فى الشئ والارتياح له .

والاكراه : على رأى الأصوليين يتنوع الى ملجئ أو كامل ، وغير ملجئ أو ناقص .

والاكراه الملجئ : هو التهديد بالقتل أو نحوه ، أو أى شئ يعتبر مهينا لذوى الجاه ، وهذا النوع يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا .

والاكراه الناقص : هو التهديد الذى لا يخشى منه القتل ، وهذا النوع يعدم الرضا ، ولكنه لا يفسد الاختيار .

---

(١) الطلاق للدكتور أحمد الغندور ص ٨٥ .

وبناء على ما تقدم فإن من اكره على الطلاق ، سواء أكان ذلك باكراه ملجئ أم غير ملجئ ، كان الطلاق باطلا ، ولا يعتد بطلاقه، لأن الذى طلق مكرها لايقصد بذلك الفرقة بينه وبين زوجته ، وانما قصد دفع الضرر الذى هدد به عن نفسه .

رأى الحنفية فى طلاق المكره :

الحنفية يقولون : ان الاكراه بنوعيه لا يعدم الاختيار ، وانما يعدم الرضا ، وحكموا بوقوع طلاق المكره ، وان كان الاكراه كاملا .[1]

وحجتهم ان المكره قصد ايقاع الطلاق على زوجته حال أهليته ، لأن عرف الشرين ، واختار أهونهما ، واختيار أهون الشرين أية القصد والاختيار. وهذا رأى بعض التابعين ، وبه قال الشعبى ، والثورى ، والنخعى .

ويعتمد الأحناف على ان الطلاق يقع من الهازل بنص الحديث : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق » .

والهازل لم يقصد ايقاع الطلاق ، فكان ذلك خير دليل على ان الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر مجرد التلفظ بالطلاق . قاصدا اللفظ من غير اعتباره معناه ، موقعا للطلاق ، ويقيسون المكره على الهازل ، لأنه قصد النطق ، وان لم يرد المعنى ، فيقع طلاقه ، ويعتمدون على رواية عن عمر رضى الله عنه انه قال :

« أربع مبهمات مقفولات ليس فيهن رد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق والصدقة » . وما روى عن عمر: « ان امرأة كانت تبغض زوجها، فوجدته نائما ، فأخذت شفرة ، وجلست على صدره ، ثم حركته ، وقالت : لتطلقنى ثلاثا ، والا ذبحتك . فناشدها الله ، فأبت ، فطلقها ثلاثا ، ثم جاء الى النبى ﷺ ، فسأله عن ذلك ، فقال الرسول ﷺ: « لا قيلولة فى الطلاق ».

(١) راجع فى هذا المرجع السابق ص ٨٥ وما بعدها البند ١ جـ ٣ ص ٩٩ .

رأى الأئمة الثلاثة والشيعة :

وأما الأئمة الثلاثة ، والشيعة الامامية ، والزيدية فلا يرون وقوع الطلاق من المكره ، ويشترط الشافعية لعدم وقوع طلاق المكره شروطا منها:

١ - ان يكون المكره له ذا شوكة وقوة ، بحيث لايستطيع دفعه .

٢ - ان يكون المتوعد به اذا لم يطلق زوجته ، مما يؤدى الى ضرره ضررا بالغا .

٣ - ان يعتقد ان المكره له سينفذ فيه وعيده اذا لم يطلق .

٤ - ان يكون الاكراه بغير حق ، أما لو كان بحق ، كاكراه القاضى الزوج على ايقاع الطلاق ، لسبب مبرر لذلك فيوقعه الزوج فانه يقع .

٥ - ان يأتى المكره بنفس اللفظ الذى أكره عليه ، فلو أكره على ان يطلق زوجته عائشة ، فطلق زوجته الثانية فاطمة ، وقع طلاقه على الثانية .

وقد استدلوا على عدم وقوع طلاق المكره ، بما روى عن ابن ماجه ، من حديث ابن عباس ، ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » . لأن الاكراه لا يجئ مع الاختيار ، لافساده اياه ، واعتبار التصرفات الشرعية انما هو بالاختيار ، والمكره ما أتى باللفظ المقتضى للحكم الا لدفع الأذى عن نفسه ، فيجب ان ينتفى الحكم ، لانتفاء قصده وارادته لموجب اللفظ ، فنفس اللفظ ليس مقتضيا للفعل اقتضاء الفعل لأثره ، فانه لو قتل ، أو غصب ، أو أتلف مكرها لم يمكن ان يقال : ان ذلك القتل والغصب والاتلاف فاسد أو باطل .

ولقد روى عن على ، وابن عمر ، وعمر بن عبد العزيز ، وشريح ، وغيرهم ، عدم وقوع طلاق المكره ، قال ابن عباس : « طلاق المستكرة

ليس بجائز » ويؤيد الأئمة الثلاثة . والشيعة الامامية ، والزيدية ، ان المكره على الطلاق ، اختياره وقصده لا عبرة بهما ، للاضرار ، ولأن الله لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الاكراه ، بقوله تعالى : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان » . فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر كالطلاق ، فلا يقع .[1]

هذا ، وقد رأى بعض القفهاء انه لا يكون مكرها ، حتى يناله شئ من العذاب ، كالضرب ، والخنق ، والغطس فى الماء ، مع الوعيد ، فانه يكون اكرها ، لما روى ، ان المشركين أخذوا عمارا ، فأرادوه على الشرك ، فأعطاهم ، فانتهى اليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى ، فجعل يمسح الدموع عن عينية ، ويقول : « أخذك المشركون ، فغطوك فى الماء ، وأمروك ان تشرك بالله ، ففعلت ، فان أخذوك مرة أخرى، فافعل ذلك بهم » . رواه أبو حنفى باسناده ، وقال عمر رضى الله عنه : « ليس الرجل أمينا على نفسه اذا أوجعته ، أو ضربته ، أو أوثقته وهذا يقتضى وجود فعل يكون به اكراها فأما الوعيد بمفرده ، فقيل انه اكراه وقيل: انه ليس باكراه.

وعدم وقوع طلاق المكره لم يكن فقط مذهبا للشافعية ، والمالكية ، بل قال به الظاهرية ،وابن عمر ، وابن الزبير .

ويتضح بعد هذا ان القانون فى المادة الأولى صريحا فى عدم وقوع طلاق المكره .

(١) طلاق الغضبان فى الفقه الحنفى . عدم وقوعه إذا أفقده الغضب الإرادة والادراك الصحيحين . تقدير ذلك من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً . عدم وجود معيار للمدة التى يستغرقها الغضب .

---

(١) المرجع السابق ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) لا يكفي لبطلان طلاق الغضبان ان يكون مبعثه الغضب بل يشترط ان تصاحب حالة الغضب المؤثرة ايقاع الطلاق حتى تنتج أثرها على ارادة المطلق .

أحكام القضاء :

الأصل في فقه الشريعة الاسلامية ان طلاق الزوج يقع متى كان عاقلا بالغاً ، لأن الأهلية تتحقق بالعقل المميز ، الا ان جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك طلاق السكران والمكره فذهبوا الى ان طلاقهما لايقع لانتفاء القصد الصحيح أو مظنته في الأول وفساد الاختيار لدى الثاني ، وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحكم ، فنص عليه في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

(الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨١/١٢/٨)

اغفال الحكم طلب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات واقعة اكراه الطاعن على الطلاق ، اقامة قضاءه باستبعاد الاكراه على قرائن لها أصلها في الأوراق . لا عيب . علة ذلك .

اذا كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد استبعد اكراه الطاعن على الطلاق وأطرح طلبه باحالة الدعوى الى التحقيق ، وعول على القرائن التى استخلصها من ظروف الحال في الدعوى وما قدم فيها من مستندات ، وكانت تقريرات الحكم في هذا الشأن سائغة لها سندها الثابت. وكان اجماع الفقهاء على ان القاضى لا يقف عند ظواهر البينات ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق اذا ثبت له من طريق آخر اعتبارا بأن « القضاء فهم » وان من القرائن التى يستنبطها القاضى من دلائل ما لا يسوغ تعطيل شهادته ، اذ منها ما هو أقوى بكثير من دلائل الحال ما لايسوغ

تعطيل شهادته ، اذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب ، فان تعييب الحكم بعدم اجابته طلب الاحالة الى التحقيق ولاستناده الى القرائن دون البينة فى نفى الاكراه المدعى به فضلا عن النعى على سلامة استدلاله يكون على غير أساس .

(الطعن رقم ٢٨ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨١/٦/٢٣)

بعد أن إستعرضنا أن طلاق السكران والمكره لايقع على هذا فإنه إذا ما أقيمت دعوى لإثبات الطلاق من قبل الزوجه الذى أوقعه الزوج فإن للزوج أن يدفع ببطلان هذا الطلاق للسكر .

وأيضا للزوج أن يدفع ببطلان الطلاق لوقوعه تحت إكراه وله أن يطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات أن الطلاق أوقعه وهو واقع تحت تأثير إكراه ويشترط أن يكون الإكراه بأمر ملجئ يوقع بالمكره ضرراً مادياً أو أدبياً لا يحتمله على خلاف بين الفقهاء فى بعض الصور .

وأن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به ، وإن أثبت الطلاق بإشهاد رسمى تعين لزوال أثره بثبوت الإكراه بحكم من المحكمة .

ثانيا : طلاق الغضبان:

إن من المستقر عليه فقهاً وقضاءا وإعمالا للمقرر فى فقه الحنفيه وهو المذهب الواجب العمل به وفقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن طلاق الغضبان لا يقع إذا ما بلغ به الغضب الأمر الذى لايدرى معه ما يقول أو يفعل ويصل به الى حالة الهذيان يغلب فيها الإضطراب فى أقواله وأفعاله وذلك لإفتقاده الإرادة والتميز الصحيحين .

(نقض ٢٨ /٤٨ق جلسة ١٣ /٢ /١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٠٠ ج ١)

وعلى هذا فإن الزوج يستطيع ان يدفع دعوى إثبات الطلاق لأنه وقع منه فى حالة غضب ومن ثم فلا يعتد به ويثبت ذلك بطلب إحالة الدعوى للتحقيق وفى النهاية فإن تقدير قيام حالة الغضب من عدمه مسألة موضوعية تدخل فى سلطة محكمة الموضوع .

تطبيقات قضائية :

المقرر فى فقه الأحناف - الواجب العمل به وفقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ به الغضب لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو وصل به الى حالة من الهذيان يغلب فيها الإضطراب فى أقواله وأفعاله ، وذلك لإفتقاده الإرادة والتمييز الصحيحين .

(نقض ٢٨ /٤٨ق جلسة ١٣ /٢ /١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٠٠ ج ١)

لا يكفى لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع حتى تنتج أثرها على إرادة المطلق.

(نقض ٢٨ /٤٨ق جلسة ١٣ /٢ /١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٠٠ ج ١)

تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب هو معا يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل فى الدعوى فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغا وإن كان لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمده التى يستغرقها الغضب تبعا لتفاوت مداه ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة .

(نقض ٢٨/ ٤٨ق جلســـــة ١٣/ ٢/ ١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٠٠ ج ١)

الباب الثامن

الدفوع الخاصة بدعوى الطاعة

يَجرى نص المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل على النحو التالى :

« اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع . وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه ان يبين فى هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان ، وعليها ان تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعته والا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون ».

وهذا النص ورد فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وحل محل النص فى المادة ٦ مكرر ثانيا التى ألغيت بالحكم بعدم دستورية قانون الأحوال الشخصية بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وهو مطابق من حيث الموضوع للنص القديم وان تتضمن ميزة بالنسبة للزوجة اذ تم تعديل المهلة الممنوحة للزوجة للاعتراض على انذار الزوج لها بالدخول فى طاعته حيث أصبحت المهلة المحددة للاعتراض على الانذار ثلاثون يوما من تاريخ هذا الانذار بعد ان كان يتعين عليها الاعتراض خلال عشرة أيام طبقا للقانون المحكوم بعدم دستوريته .

هذا وقد تضمن تقرير اللجنة المشتركة بشأن هذه المادة :

قضت المادة (٦ مكررا ثانيا) المضافة بالاقتراح بمشروع القانون بأن امتناع الزوجة عن طاعة زوجها دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ، وتعتبر الزوجة ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج ان يبين فى هذا الاعلان المسكن ، وقد أجاز النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها ان تبين فى صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى الامتناع عن طاعة الزوج وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ الاعلان والا حكم بعدم قبول اعتراضها . ويعتد بوقف النفقة من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم فى الميعاد وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا فاذا بان للمحكمة استحكام الخلاف بين الطرفين اتخذت اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ الى ١١ من هذا الاقتراح والاساس الشرعى لأحكام المادة المذكورة هو ما قررته الشريعة الاسلامية من ارتباط حق النفقة الزوجية بعدم نشوزها .

كما تضمنت المذكرة الايضاحية بشأن هذا النص :

لما كانت الشريعة الاسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة فحين ألزمت الزوج بالانفاق على زوجته فى حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة ان تستقر الزوجة فى مسكن الزوجية الذى هيأه لها الزوج امتثالا لقول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن .....) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء ان الأصل فى الزوجة الطاعة وانه اذا امتنعت عن طاعة الزوج فانها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع .

وتنظيما لهذا جاءت المادة (٦ مكررا ثانيا) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج ان يبين فى هذا الاعلان المسكن

كما جاء بالمذكرة الايضاحية أيضاً انه :

أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها ان تبين فى صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعة زوجها واذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة ان تقضى بعدم قبوله .

وقرر النص ان النفقة توقف منذ تاريخ اعلان الزوج الى الزوجة بالعودة الى المسكن واذا لم تعترض فى الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم اذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع صلحا بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى

هذا ان تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب اذا بان لهـا ان المسكن الذى حدده الزوج فى الاعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعا أو عرفا فإذا اتضح من المرافعة ان الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ - ١١ من هذا القانون.

وعند مناقشة هذه المادة بمجلس الشعب جرت مناقشات عديدة : (١)

---

(١) قرر السيد العضو ......

ان هذه المادة تحتاج منا لوقفة لانها مهمة جدا وقد تؤدى الى اسقاط حق الزوجة فى النفقة ، فهى تتضمن أنه اذ امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق فان نفقتها توقف من تاريخ الامتناع ، وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر ، وعليه ان يبين فى هذا الاعلان المسكن ، و للزوجة الاعتراض على هذا امام المحكمة الابتدائية فى خلال عشرة أيام ، وهناك بعض الزوجات لا تكفيهن هذه المدة للاعتراض على الطاعة لانهن قد يستشرن الأهل والأقارب ويبحثن عن محام .

لذلك فانني اقترح ان يكون اعتراض الزوجة خلال مدة ثلاثين يوما بدلا من عشرة أيام ، حتى لا تسقط نفقة الزوجات لاننا نعلم ان هناك زوجات أسقطت نفقاتهن لانتهاء ميعاد الاعتراض بيوم واحد ويجب افساح الوقت أمام الزوجات ، وشكرا .

كما قرر السيد العضو ممتاز نصار :

ان ما ذكره السيد العضو توفيق زغلول فى محله ، وأزيد عليه وأقول ان النص هنا يتطلب من الزوجة الالتجاء الى المحكمة الابتدائية للإعتراض على الطاعة بينما الاختصاص فيها للمحكمة الجزئية ويجب ان يكون الاعتراض أمام المحكمة الجزئية بدلا من المحكمة الابتدائية كما تتطلب هذه المادة لأنه قد يكون هناك زوجات يقمن فى القرى وبعض المراكز أو بعض المدن وقد لا توجد محكمة ابتدائية فى هذه الأماكن ، وهذا فيه ارهاق لهن بالنسبة لمسألة من اختصاص المحاكم الجزئية =

ماهية الطاعة :

الطاعة التزام على الزوجة [1] بالانقياد للزوج فى الحقوق المترتبة له على عقد الزواج فتتقيد بملازمة بيتها وعدم الخروج منه الا بأذن وتبادر الى

= ولذلك فاننى أرى ان يكون الاعتراض على الطاعة أمام المحكمة الجزئية.

كما قرر السيد العضو الدكتور عبد الغفار محمد عزيز :

اننى أوافق على أن تكون المدة المحددة فى هذه المادة شهرا ، لأن هذا لا يضير الرجل فى شئ وحتى لا يقال ان الرجل دائما ضد المرأة .

لذلك فاننى أوافق السيد العضر توفيق زغلول فيما ذهب اليه حتى تعطى الزوجة فرصة أوسع للتظلم من الطاعة .

وقال السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة) :

ليس هناك ما يمنع ان يكون الاعلان على يد محضر لشخص الزوجة أو من ينوب عنها .

أما بالنسبة للمدة فالرأى فى هذا للمجلس الموقر بالنسبة لمدة العشرة الأيام والشهر ولكننى أعترض بالنسبة لما قيل عن الاختصاص ، فالمحكمة الجزئية لا تختص بالنسبة لما ذكر لأن مآل الدعوى الطلاق : والطلاق طبقا للائحة ترتيب المحاكم الشرعية من اختصاص المحكمة الكلية : المحكمة الكلية مكونة : من ثلاثة قضاة ، واجراءات التحكيم للمحكمة الابتدائية .

لذلك فاننى أرجو ان يظل الاختصاص فى الطاعة للمحكمة الابتدائية ولا يضير فى هذا لأن الزوجة حينما تطلب الطلاق أو عندما تثور منازعة فى هذا الشأن فان المحكمة الابتدائية هى التى تنظرها ، واذا فشل القاضى فى الاصلاح فله ان يحكم بالطلاق .

(١) راجع القضاء الجزئى فى مسائل الأحوال الشخصية للمستشار صلاح الدين زغو ص ١٧٧ وما بعدها

فراشه اذا طلبها ولم تكن ذات عذر شرعي وان تصون نفسها من كل ما يشينها ويلحق ضررا بالزوج سواء كان في نسبه أو في شرفه وان تحافظ على أمواله فلا تعطى لأحد شيئا مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه وأصل هذا الالتزام ثابت من قوله سبحانه وتعالى « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبتغوا عليهن سبيلا » وقوله تعالى أيضا « قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو ابنائهن أو ابناء بعولتهن أو اخوانهن أو بنى اخوانهن أو بنى اخواتهن أو نسائهن » .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة ان أمرها اطاعته وان نظر اليها سرته وان اقسم عليها أبرته وان غاب عنها حفظته في نفسها وماله » .

وهذا الالتزام هو الوجه المقابل لالتزام الزوج بالانفاق على زوجته وهذا ما نص عليه المشرع في المادة السادسة مكررا ثانيا فأوجب على الزوجة ان تطيع زوجها فان امتنعت بدون حق توقف نفقتها من تاريخ امتناعها .

شروط طاعة الزوجة لزوجها وفقاً لما استقر عليه القضاء لأنه يمكن ان يستشف شروط طاعة الزوجة على زوجها فيما هو آت : (١)

١ - أن تكون الزوجة قد استوفت عاجل صداقها .

٢ - أن يكون الزوج أميناً على زوجته ومالها ،ان كان لها مال .

٣ - أن يكون قد أعد لها مسكناً شرعياً .

---

(١) راجع الجزء الثاني من حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين طبعة دار احياء التراث العربى ص ٣٢٩

ونعرض لهذه الشروط :

أولاً : أن تكون الزوجة قد استوفت عاجل صداقها :

المهر ومن أسمائه الصداق والصدقة والنحلة والعطية .

المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها ، وهو حكم من أحكام عقد الزواج ، أى أثر من آثاره ، وليس شرط صحة ، ولذا ينعقد الزواج من غير ذكر المهر، بل ينعقد الزواج ويلزم المهر ، ولو اتفق الزوجان على أن لا مهر.

وشرع على أنه هدية لازمة وعطاء مقرر وليس عوضاً كما فهم بعض الناس ، ولذلك قال كمال الدين بن الهمام : « أنه شرع إبانة لشرف عقد الزواج .... إذ لم يشرع بدلا ، كالثمن والأجرة وإلا وجب تقديم تسميته ، ولقد سماه القرآن الكريم صدقة ونحلة فقد قال الله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ .[١]

والمهر أو الصداق اسم للمال الذى تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقياً وهو يجب على الزوج ويثبت بمجرد العقد فى الزواج الصحيح .

(حكم محكمة طنطا فى الاستئناف ٢٢٦ لسنة ٢٩ س طنطا جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٩٣)

والمهر ليس ركناً فى الزواج ، ولا شرطاً من شروطه . بل هو : حكم من أحكامه المترتبة عليه بعد تمامه ، فيصبح عقد الزواج مستعقباً لاثاره، وإن لم يسم مهر فى العقد أصلا ، أو سمى فيه تسمية غير صحيحة ، أو نفى الزوجان المهر . كما إذا اشترطا ألا مهر للزوجة . فالعقد صحيح ، والشرط باطل . ويجب فى كل هذه الصور مهر المثل الذى هو : الموجب الأصلى للعقد . لأنه القدر الملائم . والمهر المسمى فى العقد تسمية صحيحة يقوم مقامه . بتراضى الطرفين ، واتفاقهما .

---

(١) راجع الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهره ص ١٩٥ ومابعدها .

والدليل على أن المهر حكم من أحكام الزواج الصحيح ، وليس ركناً ولا شرطاً فيه : قول الله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ . حيث إن الله نفى الإثم والجناح . عمن يطلق زوجته قبل الدخول فى عقد لم يسم ، ولم يفرض فيه المهر . ومن المقرر المعلوم : أن الطلاق لا يكون . إلا من زواج صحيح شرعاً ، فدل ذلك على أن عقد الزواج يصح . بدون تسمية المهر فيه . إذ لو كان المهر ركناً فى الزواج ، أو شرطاً لصحته . لما صح بدون تسميته . لأن الشئ لا يوجد بدون ركنه ، أو بدون شرطه .

ويستدل أيضاً على أن المهر ليس ركناً ولا شرطاً فى الزواج . بل هو : حكم يترتب عليه. كسائر أحكامه . بما روى أن « عبد الله بن مسعود » سئل [1] والمهر واجب للزوجة على زوجها والدليل على وجوبه الكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب : فقد وردت جملة آيات قرآنية تدل على ذلك . فمنها قول الله تعالى : « وآتو النساء صدقاتهن نحلة » وقوله تعالى : ﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم ﴾ .

أما السنة : فالأحاديث الواردة فى إيجاب المهر على الزوج لزوجته أكثر من يستقصى ويعد . وسيرد ذكر بعضها فيما بعد . وقد ثبت أن الرسول ﷺ لم يخل زواجاً من مهر . فلو كان غير واجب. لتركه ولو مرة ليدل على عدم وجوبه .

---

(١) راجع الأحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله ص ٢٥٧ وما بعدها

تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه ، وليس ركناً ولا شرطاً فيه . فإنه يثبت وجوب كله . بمجرد حصول العقد الصحيح وجوباً غير مستقر . حتى يوجد ما يؤكد وجوب كله . بحيث لا يحتمل سقوط كله أو بعضه. ولكن لا يجب على الزوج أن يدفع لزوجته كل المهر، أو أى مقدار منه . وقت إنشاء العقد ، أو قبل زفافها إليه ، أو قبل دخوله بها . بل يعمل بما اتفق عليه العاقدان فى تعجيل المهر كله ، أو تأجيل كله ، أو تأجيل بعضه ، أو تعجيل بعضه ، وتأجيل بعضه الآخر الى أجل قريب أو بعيد معين . كشهر ، وسنة . أو غير معين . كالتأجيل لأقرب الأجلين : الطلاق والموت . ويجوز أن يجعل المهر أقساطا معلومة متساوية ، أو غير متساوية . كل قسط منها فى ميعاد معين . حسب اتفاق الطرفين. (١)

وإن لم يوجد اتفاق على تعجيل المهر ، أو تأجيله كلا أو بعضاً . أتبع فى ذلك عرف البلد الذى حصل فيه العقد . لأن المعروف عرفاً . كالمشروط شرطاً . وجرى العرف فى بعض البلاد المصرية على تعجيل نصف المهر ، وعلى تأجيل نصفه الآخر . لأقرب الأجلين : الطلاق ، والموت . وفى بعضها على تعجيل الثلثين من المهر ، وتأجيل الثلث . لأقرب الأجلين .

وإذا لم يوجد اتفاق ، أو عرف . على التعجيل ، أو التأجيل . فالأصل : هو التعجيل . لما علم : أن المهر حكم من أحكام عقد الزواج . ولا تتراخى أحكامه عنه إلا بالشرط ، وحيث لا يوجد شرط متفق عليه ، أو عرف يعمل بالأصل .

---

(١) راجع الأحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله المرجع السابق ص ٢٦٦ .

وينقسم المهر الى نوعين :

أحدهما : المهر المسمى : وهو : ما سمى فى العقد تسمية صحيحة ، واتفق عليه الطرفان ، أو فرض للزوجة بالتراضى . بعد العقد الذى خلا من تسمية المهر .

ثانيهما : مهر المثل : وهو : مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها ، كأختها ، وعمتها ، وبنت عمها ، وبنت أخيها ، ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها ، ولا خالتها ، إذا لم تكونا من قوم أبيها .

ويشترط فى مهر المثل تساوى المرأتين - المقيسة ، والمقيس عليها - وقت العقد. سنا ، وجمالا ، ومالا ، وبلدا ، وعقلا ، وعلماً ، وأدباً، وبكارة، وثيوبة ، وفى عدم الولد . لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف . فلابد أن تكون المرأتان متماثلتين . أى متقاربتين فى هذه الأوصاف . لاختلاف رغبات الناس فيها .

وإذا ما اتفق على تعجيل المهر كله أو بعضه كان للزوجة الحق فى أن تمتنع عن الدخول حتى يفى الزوج بما اتفق عليه وقد جاء فى شرح الدر المختار أن الزوجة تمنع نفسها من الوضع إذا لم يفى زوجها بالمعجل من المهر كله أو بعضه . (١)

وقد استقر القضاء على أن :

المهر ليس شرطا لصحة النكاح . للزوجة الامتناع عن الدخول فى طاعة زوجها حتى تستوفى العاجل منه دون أن تعد ناشراً .

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٨ .

الاجماع على أن أداء المهر واجب شرعاً للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه بحيث يجوز لها ان تمتنع عن أن تزف الى زوجها والدخول فى طاعته حتى تستوفى الحال من صداقها الذى اتفقا على تعجيله ، ولا تعد بهذا الامتناع ناشزاً عن طاعته .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٥٨٨)

إمتناع الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها لعدم إيفائها عاجل صداقها . القضاء بتطليقها منه للضرر المتبين فى هجره إياها . صحيح . إبداء الزوج رغبته فى دفع عاجل الصداق أمام المحكمة . لا أثر له .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٥٨٨

ولقد كانت المحاكم مختلفة فى هذا قبل قضاء النقض فطورا تأخذ برأى وطورا برأى آخر فقضت محكمة العياط الجزئية فى ١٦ / ٩ / ١٩٢٩ بأن للزوجة ان تمنع نفسها عن الوطء ودواعيه ومن النقلة بعد وطء وخلوه رضيتها حتى تأخذ ما بين تعجيله من مهر كله أو بعضه حتى لو أعطاها المهر الا درهما فلها المنع وتجبر على الطاعة متى ثبت ايفاء العاجل لها .

وقضيت محكمة كرموز الشرعية فى ١٣ / ١٠ / ١٩٣٤ بأن للزوجة ان تمتنع عن طاعة زوجها حتى تستوفى عاجل صداقها أو قدرا ما يعجل لمثلها عرفا ولا يؤثر عرفا ولا يؤثر على حقها هذا رضاها فى عقد الزواج ان تطيع زوجها فى جهة وعلى أية حال لأن ذلك من قبيل الالزام بما لا يلزم لأن المهر واجب شرعا بحيث لو تزوجها على الا مهر وجب مهر مثلها .

وبعكس هذا قضت محكمة العطارين الجزئية فى ٢٣ / ١ / ١٩٤٤ بأنه ليس للزوجة ان تمنع نفسها من زوجها بعد الدخول والمعاشرة بحجة أنها لم تقبض المهر .

ورأى الامام هو الواجب الاتباع لانه هو الراجح فى المذهب فضلا عن أنه يضمن للزوجة حقها فى استيفاء معجل صداقتها .

أما اذا اشترط فى عقد الزواج تأجيل كل المهر فلا يجوز للزوجة ان تمنع نفسها عن زوجها لرضائها باسقاط حقها فى تعجيل المهر أو تعجيل بعضه.

الشرط الثانى : أن يكون الزوج أمينا على زوجته ومالها إن كان لها مال :

فيجب ان يكون الزوج أميناً على زوجته فى نفسها ومالها وهذا الشرط ثابت من قول سبحانه وتعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) .

وقوله أيضاً « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيرا » وقوله أيضاً « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبيناً » [١]

---

(١) راجع المستشار صلاح الدين زغو فى الاحوال الشخصية المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها .

وقول النبى ﷺ « إستوصوا بالنساء خيرا فإن المرأة خلقت من ضلع وإن أعوج ما فى الضلع أعلاه فإن ذهبت تقيمه كسرته وإن تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء خيراً » .

فإذا كان الزوج غير أمين على زوجته سواء فى نفسها أم مالها فلا طاعة له عليها والأصل فى الزوج الأمانة وعلى ذلك إن ادعت الزوجة عدم الأمانة فعليها الإثبات . (١)

وليست الأمانة المتطلبة من الزوج على النفس فحسب وانما على المال أيضاً فلا يجاب الزوج إلى طلب زوجته بطاعته متى ثبت أنه غير أمين على مالها .

وكما ان الأمانة على النفس واجبة على الزوج فأمانته على مال زوجته واجبة أيضاً وعلى ذلك لا يجاب الزوج الى طلب زوجته لطاعته متى ثبت أنه غير أمين على مالها ويجب أيضاً فى هذه الحالة الإستهداء بالقاعدة المتقدمة .

ونعرض لأحكام القضاء :

من أحكام محكمة الموضوع :

قضت محكمة سنورس الشرعية فى حكمها الصادر فى١٩٣٢/٨/٢٤ المنشور بمجلة المحاماة بالعددين التاسع والعاشر ص ٩١٢ بأنه لا يجاب الزوج الى طلب طاعة زوجته متى ثبت أنه غير أمين على مالها وفى تهريبه لجهازها دليل على عدم أمانته على مالها لا سيما أنه ادعى وقت ضبطه أنه ملك لغيرها مما يقطع بسوء طويته وعدم تحرجه من الاضرار بها .

---

(١) راجع المستشار صلاح الدين زغو فى الاحوال الشخصية المرجع السابق ص١٨٩ وما بعدها

وقضت محكمة البلينا فى ١٩٤٤/٢/١٢ بأن خطف الزوج لزوجته وفضه لبكارتها رغما عنها إعتقاداً منه بأن فعله هذا يحسم النزاع القائم بينهما وإن كان عملا يخالف العرف وتأباه الآداب العامة إلا أنه لا يعتبر من قبيل عدم الأمانة المسقط لحقه عليها فى الطاعة .[(١)]

من المقرر أنه اذا كانت الطاعة حق للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروطا بأن يكون الزوج أمينا على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها أن هو تعمد مضارتها بان أساء اليها بالقول أو بالفعل أو استولى على مال لها دون وجه حق وكان المشرع قد أناط بالزوجة اثبات عدم أمانة الزوج ولما كان الثابت من شهادة شاهدى المستأنف عليها أن المستأنف غير أمين عليها نفساً ومالا وأن مسكن الطاعة الوارد بالانذار مملوك لوالدى المستأنف عليها الأمر الذى يكون معه دعوى المستأنف للمستأنف عليها العودة الى منزل الزوجية ظاهر الفساد ، واذا أنتهج الحكم الطعين هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح الواقع والقانون وتؤيده المحكمة لما أسلف من أسباب ولتلك التى أقيم عليها الحكم الطعين ويضحى الاستئناف فى غير محله جدير بالرفض وتأييد الحكم المستأنف .

(الحكم فى الاستئناف ١١٢٥ لسنة ١٠٨ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٣/٤/٦)

(والحكم فى الاستئناف رقم ٤٤٠ لسنة ١٠٩ « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٣/٢/٦)

الطاعة وان كانت حقاً للزوج على زوجته ألا ان شرط ذلك ان يكون الزوج أمينا على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها باساءتها بالقول أو الفعل أو استيلائه على مال لها دون وجه حق واذا كان ذلك وكان الثابت

(١) مجلة المحاماه الشرعية الاعداد ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٥٩ السنة السادسة عشر

من شهادة شاهدى المستأنف عليها أمام محكمة أول درجة ان .. المستأنف غير أمين على المستأنف عليها نفساً ومالا اذ أنه دائم التعدى عليها بالسب والضرب الأمر الذى يتكون معه دعوة المستأنف للمستأنف عليها العودة الى منزل الزوجية ظاهر الفساد ، واذ انتهج الحكم الطعين هذا النظر فان المحكمة تؤيده لما أسلفت من أسباب ولتلك التى أقيم عليها ذلك الحكم .

(الحكم فى الاستئناف رقم ٧٦٦ لسنة ١٠٩ ق ، استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٩٣/٤/٦)

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٠٥ لسنة ١٠٩ ق ، استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٩٣/٧/٦)

ضرورة ان يكون الحكم الصادر بإدانة الزوج فى تبديده لمنقولات الزوجية نهائى. وهذا ما أكده القضاء ومن ذلك:

لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الدعوى ان الجنحة رقم ..... لسنة ...... جنح امبابه المتهم فيها المستأنف ضده بتبديد منقولات زوجته للمستأنفة والتى قضى فيها بادانته غيابيا ألا أن الأوراق جاءت خلوا مما يفيد مصير المعارضة فى ذلك الحكم للوقوف على نهايته أن وجد كما أنها خلوا مما يفيد نهائية الحكم الصادر فى دعوى التطليق رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٩١ أحوال شخصية الجيزة .

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٠٢٥ لسنة ١٠٦ ق ، استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٩٣/٤/٦)

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٠٤ لسنة ١١١ ق ، استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٨)

وحيث انه من المقرر اذا كانت الطاعة حقاً للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أميناً على نفس زوجته ومالها فلا طاعة عليها ان هو تعمد مضارتها بأن أساء اليها بالقول أو بالفعل . وحيث ان الثابت من أقوال شاهدى المستأنفة والتى يطمئن اليها وجدان هذه المحكمة ان المستأنف ضده قد تعمد مضارتها بأن أساء اليها بالقول ووجه اليها الألفاظ الموضحة بأقوالهما...... فان المحكمة تقضى فى موضوع الاستئناف بإلغائه.

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٩٤ لسنة ١٠٩ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٥/١/١٩٩٤)

وحيث انه من المقرر شرعاً وقانوناً ان الزوج لابد أن يكون أميناً على زوجته نفساً لدخولها فى طاعته فان كان غير أميناً عليها احتجبت عن طاعته.

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٤٦٥ لسنة ١١٠ ق « استئناف القاهرة » جلسة ٢٦/٣/١٩٩٤)

الشرط الثالث: ان يكون الزوج قد أعد لها مسكناً شرعياً:

وشروط مسكن الطاعة :

١ - ان يكون من حيث بنائه وما به من منقولات وأدوات متفق مع حالة الزوج يسرا أو عسرا فان كان الزوج من الطبقة الدنيا فان منزل الزوجية يكفى فيه من المنقولات ما يستعمله أمثالهم وعلى ذلك قضت محكمة كوم أمبو الشرعية فى ١٢/٣/١٩٤٤ فى حكمها المنشور بمجلة المحاماة الشرعية بالأعداد ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٦١ السنة ١٦ .

أما اذا كان الزوج من الطبقة المتوسطة فيجب ان يكون منزل الزوجية على الأقل شقة مستقلة بمرافقها وان كان من الطبقة العليا فان مسكن الزوجية يجب ان يكون بناء مستقلا وعلى أى حال فان هذه المسألة موضوعية تترك لقاضى الموضوع ليرى ما اذا كان بيت الطاعة وما به من منقولات مناسبة لحال الزوج أو غير مناسبة .(١)

وبهذا قضت محكمة مصر الابتدائية الشرعية بجلسة ١٤/٣/١٩٣٥ وجاء به « يعتبر من المضارة بالزوجة إختيار الزوج للطاعة سكناً غير الذى كانت تعاشره فيه غير لائق بحالهما مما يتعين معه رفض دعوى الطاعة .(٢)

٢ - ان يكون بيت الطاعة بين جيران صالحين لتبديد الوحشة بوجودهم للشهادة عند الاقتضاء لما يقع بين الزوجين من خلاف . وليس بلازم لشرعية مسكن الطاعة ان يكون جيرانه سكانا من نفس المنزل الذى تسكن فيه بل يكفى ان يكونوا بحيث يصل اليهم صوت الاستغاثة ويتمكنون من الشهادة على ما يقع بين الزوجين .

ولا شك انه يلزم وجود أكثر من جار واحد لبيت الطاعة لتحقيق الحكمة من تبديد الوحشة والشهادة عند الاقتضاء فالمسكن الذى ليس له إلا جار واحد هو مسكن غير شرعي لا تلزم الزوجة بالطاعة فيه ولا يشترط فى الجيران ان يكونوا متزوجين وعلى ذلك قضت محكمة الواسطى فى ٣١/٣/١٩٣٥ بأن وجود سكان غير متزوجين بالمنزل الذى به مسكن الطاعة لا يمنع من شرعيته .(٣)

---

(١) راجع المستشار صلاح الدين زغو المرجع السابق ص ١٧٨ .

(٢) منشور بالمحاماه الشرعية الاعداد ١ ، ٢ ، ٣ س ٧ ص ١٨٤ .

(٣) مجلة المحاماه الشرعية س ٧ ص ٢٠٥ .

٣ - ان يكون البيت خاليا من سكنى الضرة وأهل الزوجين وان كان لبعض فقهاء المذهب الحنفى رأى آخر فى هذا الشرط فقالوا بوجوب خلو منزل الزوجية من الضرة وأهل الزوجة .

متى تعتبر الزوجة ممتنعة عن طاعة زوجها :

كان المشرع صريحا فى هذا اذ اعتبر ان الزوجة اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها على يد محضر كما أوجب على الزوج ان يبين فى هذا الاعلان المسكن وأتاح النص للزوجة ان تعترض على الانذار فى خلال ثلاثون يوما حسب النص الجديد وأن توضح الأوجه الشرعية التى تدفعها الى عدم طاعة زوجها واذا خلى اعتراضها من هذه الأوجه أوجب على المحكمة ان تقضى بعدم القبول ومن الناحية الأخرى قرر المشرع ان النفقة توقف عند تاريخ اعلان الزوج الى الزوجة بالعودة الى المسكن اذا لم تعترض فى الميعاد واذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع صلحا بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا ان لها ان تبحث شرعية المسكن اذا كان اعتراض الزوجة منصبا على شرعيته ولها ان تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب اذا بان لها ان المسكن الذى حدده الزوج فى الاعلان غير مستوفى لما يجب توافره شرعا أو عرفا .

طاعة الزوجة على زوجها غير متوقفة على حكم :

انه من المقرر شرعاً ان الطاعة واجبة شرعاً على الزوجة اذا أوفاها الزوج عاجل صداقها وهيأ لها المسكن الشرعى المناسب ولم يوجد ثمة مانع شرعى والطاعة مقرره واجبه على الزوجة بحكم الشرع بغير توقف على

قضاء القاضى وهذا ما أكده القضاء ومن ذلك (وحيث انه عن الموضوع فلما كان من المقرر شرعاً وقانوناً ان الطاعة واجبة شرعاً على الزوجة اذا أوفاها الزوج عاجل صداقها وهيأ لها السكن الشرعى المناسب وطلبها الى مسكن الطاعة .

ولم يوجد مانع شرعى وأن الطاعة المقررة واجبة على الزوجة بحكم الشرع فلا تتوقف على قضاء القاضى والطاعة مطلقة تشمل الطاعة الواجبة بمسكن الزوجية كما تشمل الطاعة الواجبة بالعودة الى مسكن الزوجية والقرار فيه وعدم هجره دون حق شرعى ومن ثم يجوز للزوج أن يطلب زوجته الى طاعته اذا هجرت منزل الزوجية دون مبرر .

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٠٧٦ لسنة ١١٠ ق ، استئناف القاهرة ، جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٤)

كما قضى أنه ، وحيث انه عن الموضوع فان ما تنعاه المستأنفة على الحكم الطعين فى غير محله ذلك ان الطاعة واجبة شرعا على الزوجة اذا أوفاها الزوج عاجل صداقها وهيأ لها المسكن الشرعى المناسب لها وطلبها الى هذا المسكن ولم يوجد مانع شرعى ووجوب الطاعة على الزوجة مقرر بحكم الشرع فلايتوقف على قضاء القاضى فالطاعة تشمل الطاعة الواجبة بمسكن الزوجية والتى تقتضيها الاقامة المشتركة بين الزوجين كما تشمل الطاعة الواجبة بالعودة الى مسكن الزوجية والقرار فيه وعدم هجره دون حق شرعى ، .

(الحكم فى الاستئناف رقم ٩٢٦ لسنة ١١٠ ق ، استئناف القاهرة ، جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٤)

ونعرض للدفوع الشرعية بشأن الطاعة :

أولا : الدفع بعدم أمانة الزوج :

تستطيع الزوجه أن تدفع دعوى الطاعه التى يقيمها الزوج بعدم أمانته أى أنه غير أمين عليها نفسا ومالا وهذا يكفى لدفع دعوى إنذار الطاعه ذلك أن الطاعه وإن كانت حقا للزوج على زوجته إلا أن شرط ذلك أن يكون أمينا على نفسها ومالها فلا طاعة له عليها إذا تعمد الإساءة اليها بالقول أو الفعل وهذا ما قضى به ومن ذلك أحكام محكمة الموضوع .

"الطاعة وان كانت حقاً للزوج على زوجته الا أن شرط ذلك ان يكون امينا على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة باساءتها بالقول أو بالفعل أو بالاستيلاء على مالها دون وجه حق .

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٤٧٥ لسنة ١١٠ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٤/٦/٢٨)

(الحكم فى الاستئناف رقم ٤٢٤ لسنة ١١٠ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٤/٣/٢٩)

أمثله لما اتجه اليه القضاء الى رفض ادعاء الزوجة بعدم امانة الزوج :

وحيث أنه عن الموضوع فانه من المقرر أنه اذا كانت الطاعة حق للزوج على زوجته ألا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أمين على نفس زوجته ومالها فلا طاعة له عليها أن هو تعمد مضارتها فان أساء اليها بالقول أو الفعل أو استولى على مال لها بدون وجه حق وكان المشرع قد أناط الزوجة اثبات عدم أمانة الزوج بكافة طرق الاثبات اذ الأصل البراءة والبينة على من يدعى خلاف الأصل ، واذ كان ذلك وكان الثابت ان الزوجة

تعترض على الدخول فى مسكن الزوجية تأسيسا على عدم وجود مسكن الطاعة بالاضافة الى أنه لم يقم بالانفاق عليها وكان الثابت من شهادة شاهدى المستأنف عليها والتى تطمئن اليها المحكمة أن المسكن الوارد بالانذار ليس مسكن وهمى وأنه مكتمل المرافق الشرعية وأن المستأنف عليه أمين على زوجته نفساً ومالا ولم تقدم المستأنفة ثمة دليل على عدم أمانة الزوج لها الأمر الذى يكون معها اعتراضها على انذار الطاعة فى غير محله واذ انتهج الحكم الطعين هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح الواقع والقانون وتؤيده المحكمة لما أسلفت من أسباب ولتلك التى أقيم عليها ذلك الحكم وتقضى فى موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف .

(الحكم فى الاستئناف رقم ٦٤ لسنة ١١٠ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٤/٣/٢٩)

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٠٤ لسنة ١١١ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٤/٦/٢٨)

(الحكم فى الاستئناف رقم ١٠٢٦ لسنة ١٠٦ ق « استئناف القاهرة » جلسة ١٩٩٣/٤/٦)

كما إستقر قضاء النقض :

حق الطاعة للزوج على زوجته . شرطه . ان يكون أميناً على نفس الزوجة ومالها . لمحكمة الموضوع ان تأخذ فى معرض اثبات امانة الزوج بالقرائن وأقوال الشهود . شرطه . ان تكون القرائن التى عولت عليها تؤدى الى ما انتهت اليه ولا تخرج بأقوال الشهود الى مالا يؤدى اليه مدلولها .

(الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٧ ق « أحوال شخصية » جلسة ١٩٨٩/٣/٣١)

وحيث ان هذا النعى مردود ذلك ان الطاعنة لم تقدم أمام محكمة الموضوع صورة رسمية من الحكم الصادر بحبس المطعون ضده فى الجنحة رقم .... لسنة ... لتبديده منقولاتها ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص عارياً من الدليل .

(الطعن ١١٦ لسنة ٥٨ق« أحوال شخصية» جلسة ١٥ / ١ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

طاعة الزوجة لزوجها . شرطها . ان يكون امينا عليها نفساً ومالا .

(الطعن ٤ لسنة ٥٩ق « أحوال شخصية » جلسة ٢ / ٤ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

الطاعة حق للزوج على زوجته . شرطه . لا طاعة للزوج ان تعمد مضارة زوجته . ثبوت إضرار الزوج بزوجته إضراراً يدل على عدم أمانته على نفسها ومالها . يكفى فيه إتفاق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو معين تتضرر منه دون إشتراط ان تنصب الشهادة على واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء . علة ذلك .

(الطعن ٩ لسنة ٦٠ق« أحوال شخصية» جلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

الثابت من الأوراق ان الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن المطعون ضده غير أمين عليها نفساً وقدمت للتدليل على ذلك المحضر رقم .... لسنة ..... إدارى المعادى الذى يتهمها فيه بتزوير اسم ابنه منها والجنحة رقم .... لسنة .... المعادى التى أقامها ضدها بطريق الادعاء المباشر بتهمة التزوير واستعمال محرر مزور وإذ لم تحقق محكمة الاستئناف دفاع الطاعنة ولم تعرض لمستنداتها المقدمة ودلالتها وأقامت قضاءها برفض الاعتراض على انذار المطعون ضده للدخول فى طاعته بمقولة انه أمين عليها إطمئنانا منها لأقوال شاهديه ثم مخالفتها للثابت بالأوراق مما يعيب الحكم

المطعون فيه بالقصور ويوجب نقضه على أن يكون مع النقض الاحالة دون حاجة للرد على السبب الأول .

(الطعن ١٠٢ لسنة ٦٠ ق« أحوال شخصية» جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الطاعة حق للزوج على زوجته . شرطه . لا طاعه للزوج ان تعمد مضارة زوجته .

(الطعن ١٣٧ لسنة ٦٠ ق« أحوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

إقامة الحكم قضاءه بعدم الإعتداد بإعلان الطاعه إستنادا الى أساسين . عدم أمانة الطاعن على زوجته المطعون ضدها وعدم إعداده المسكن الشرعى المناسب لها .كفاية الأساس الأول لحمل الحكم . أثره . النعى على الحكم بشأن المسكن الشرعى - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج .

(الطعن ١٣٧ لسنة ٦٠ ق« أحوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

دعوى الطاعه إختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر . النشوز - بفرض حصوله - لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها . علة ذلك .

(الطعن ١٧٦ لسنة ٦٠ ق« أحوال شخصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال دعوى إعتراضها على إعلان زوجها بدعوتها لطاعته طبقا لنص المادة ١١ مكرر ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فإن تبين للمحكمة ان الخلاف مستحكم بعد محاولتها الإصلاح بين الزوجين إتخذت التحكيم ، ويكفى للتطليق فى هذه الحالة مجرد ثبوت إستحكام الخلاف بين

الزوجين دون تحر لسببه أو تحديد أى من الزوجين يسأل عنه . وعليها ان تقضى وفقا لما إرتآه الحكمان إذ أن طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة ، و هو ما يختلف عن التطليق للضرر عملا بنص المادة السادسة من ذات القانون والتى تتطلب للقضاء بالتطليق ثبوت تعمد الزوج إيذاء زوجته بالقول أو بالفعل على نحو لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان المطعون ضدها طلبت التطليق من خلال إعتراضها على دعوة الطاعن لها بالدخول فى طاعته وإتخذت المحكمة إجراءات التحكيم بعد أن إستبان لها إستحكام الخلاف بين الزوجين . وإذ إتفق الحكمان على استحكام الخلاف وإستحالة العشرة بين الزوجين وقررا التطليق ، وكان الحكم الإبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد إعتد بتقرير الحكمين وإتخذه دعامة لقضائه بالتطليق فإنه يكون قد إنتهى الى قضاء صحيح ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

(الطعن ٥٠ لسنة ٦٣ق« أحوال شخصية» جلسة ١٠/٣/١٩٩٧ لم ينشر بعد)

ثانيا   الدفع بعدم شرعية المسكن :

وشرعية المسكن ما هو إلا صلاحيته للسكنى وأن تأمن فيه الزوجه على نفسها ومالها وتستطيع الزوجه أن تدفع دعوى إنذار الطاعة بالإعتراض عليه بأن المسكن غير شرعى وأنه غير مناسب لحال الزوج المالية والإجتماعية أو بين جيران غير صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها وأن يكون غير خاليا من سكنى الغير فإذا ما دفعت الزوجة بهذا الدفع تعين على المحكمة أن تتحقق من شرعية المسكن وقد سبق أن أوردنا أن شرعية المسكن شرط من شروط الطاعة .

غير أنه من اللازم أن نذكر فى هذا المقام بأن شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع .

تطبيقات من قضاء محكمة الموضوع :

وما شرعية المسكن الا بصلاحيته للسكنى وبأمنها فيه على نفسها ومالها بأن يكون سليما غير متهدم لا خلل فيه وبأن يكون ذا مغلاق على حدة خاليا من سكن الغير وبين جيران مسلمين صالحين . وقد يجوز شرعا ان يكون بيت الخلاء فيه مشتركا اذا كان المتداعيان من أوساط الناس رقيقى الحال . أما أدواته من فرش وغطاء ومآكل ومشرب فحسب حال الطرفين . ويكفى منها القليل الذى يطابق حال المتداعين على انه بحلول الزوجة به فلها قانونا ان تطعن بخلوه من الأدوات أو أى مانع آخر .

والعرف على ان الزوجة تزف بجهازها الذى يفرش المسكن وان كان فراشه على الزوج شرعا حسب طاقته وللعرف اعتبار من الشرع وذلك هو الفقه.

(حكم محكمة المنيا الابتدائية جلسة ٩/١٢/١٩٥٦ فى القضية رقم ٢٣٣ لسنة ١٩٥٦)[1]

---

(١) منشور فى المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين ص ١٧٦ .

ولا يلزم فى مسكن الطاعة لكى يكون شرعيا ان يستوفى الأدوات جميعا بل يكتفى ان يحوى الأشياء الأساسية فى المسكن التى لا يكون بغيرها مقام فيه والتى تكون مناسبة لحال الطرفين المالية والاجتماعية وان لزم شئ آخر دل عليه فى المسكن فانه يستوفى بعد ذلك دون ان يكون فى خلو المسكن ابتداء مطعن على المسكن ، والمسكن يكون بقدر حال الزوجين والسكن المعروف يختلف باختلاف الزمان والمكان وعلى القاضى ان ينظر الى حال أهل زمانه وبلده اذ بدون ذلك لا تحصل المعاشرة بالمعروف وقد قال تعالى (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) فالعرف له اعتبار فى محتويات سكن الطاعة والنظر فى ذلك لحال الطرفين .

(حكم محكمة المنيا فى ١٩٥٧/١٢/٨ فى القضية رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٧)

ومن المقرر شرعا انه اذا كانت المرأة تستوحش من المسكن الذى اسكنها فيه زوجها بأن كان كبيرا كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران أو كان الزوج يخرج ليلا ليبيت عند ضرتها ولم يكن لها ولد أو خادم تستأنس بهما فعليه ان يأتيها بمؤنسة أو ينقلها الى حيث لا تستوحش عملا بقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) .

(محكمة القاهرة الابتدائية جلسة ١٩٥٨/٢/٢٥ فى القضية رقم ١٣٦٣ لسنة ١٩٥٧) [1]

وحيث ان المقرر فقها وقضاء وجرى عليه قضاء هذه المحكمة طوال ثلاث سنوات متتالية ان الزوج اذا أعد لزوجته المسكن الشرعى مستوفيا شرائطه مع ايفائه عاجل صداقها وجب عليها ان تقيم معه فيه واذا خرجت منه تعد ناشزه.

---

(١) منشور بالمرجع السابق ص ١٩٨ وما بعدها

وحيث ان شرعية مسكن الطاعة المبين بالانذار المشار اليه موضوع الاعتراض محله ثابته بأقوال شاهدى المستأنف وبالأوراق المقدمة فيه أمام محكمة أول درجة ولم تعترض عليها المستأنف ضدها ولم تشر الى عدم شرعيته فى عريضتها. ولا فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ابتدائيا واستئنافيا.

وحيث ان واقعة الضرب على فرض حصولها جدلا مع ملاحظة ان المستأنف قدم الدليل على دحضها بالشهادة المشار اليها سابقا بالحكم ببراءته من الجنحة الوارد الاستدلال بها فى الحكم المستأنف على نحو ما أوضحناه سابقا - نعم ان هذا الاعتداء لا يدفع دعوى الطاعة لان المقرر فقها ان الواجب فيما نسبته المستأنف ضدها الى المستأنف من ضرب مبرح التقرير فعليها ان ترفع أمرها الى الجهة المختصة ليتولى تأديبة بما تراه رادعا وزاجرا له حتى يستقيم أمره ويصلح معوجه لان سقوط حق الطاعة بهذا السبب وبقاء الزوجية قائمة فيه أبلغ الضرر بالزوجين معا فانها فى هذه الحالة تعتبر كالمعلقة فلا هى زوجة ولا هى مطلقة وانه هو كذلك يتضرر من بعدها عنه خصوصا فيما يتعلق بمسألة النفقة - على انه مما يجب الاحاطة به ان الفقهاء وان كانوا قد شرطوا الأمانة ولكنهم لم يرتبوا على هذا الشرط فى الحل سقوط حق الزوج فى الطاعة كما رتبوه على شرط استيفاء عاجل الصداق مثلا ، فلا يستطيع أحد ان يسقط حقا ثابتا لم يرد نص على اسقاط - (يراجع فى ذلك كله الاستئناف رقم ٣٣٧ / ١٠٠ ق القاضى بتاريخ ١٩٨٤/٦/٧ من هذه المحكمة مصدرا ومرجعا وقضاء) .

وحيث انه بناء على ما تقدم جميعه فلا مناص من الحكم بالغاء الحكم المستأنف والقضاء للمستأنف بطلباته لما اسلفناه من المبادئ الفقهية والقانونية وحقيقة الواقع .

(حكم محكمة استئناف القاهرة جلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٨٥ فى الاستئناف رقم ٢٩٧ لسنة ١٠٢ ق)

ويشترط فى مسكن الطاعة أن يكون شرعياً بتوافر أمرين ان يكون المسكن صالح للسكنى ومزود بالمرافق العامه وأن تأمن فيه الزوجه على نفسها ومالها وان يكون بين جيران صالحين . والجيرة هنا لا يلزم فيها الجيره الأفقيه بل يكفى الجيره الرأسيه فاذا كان المنزل مكون من ثلاث طوابق يقيم الطابق الثانى منه فيكفى ذلك حيث الجيره بالاضافة الى جيرانه افقياً . وحيث ان شهود قرروا شغل مسكن الطاعة بسكنى الغير وأنه مكتمل فيكون قد استوفى شرائطه الشرعية .

(الاستئناف ٢٢٧ لسنة ٤١ ق « استئناف عالى طنطا » جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٩٢)

رضاء الزوجة بوجود ابناء للزوج من زوجة أخرى يشاركونها مسكن الطاعة لا تنفى عن المسكن شرعيته :

وحيث انه عن الموضوع فانه لما كان من المقرر انه يشترط فى مسكن الطاعة الذى يدعو الزوج زوجته بطاعته فيه ان يكون لائقاً بحالهما وبين جيران صالحين بحيث اذا تخلف هذا الشرط الأخير فقد المسكن شرعيته الا ان وجود أبناء الزوج من زوجة أخرى يشاركون الزوجة مسكن الطاعة لا ينفى عن المسكن صفة الشرعيه ، ولما كان من المقرر ان لمحكمة الاستئناف اذ تقيم قضائها على ما تطمئن اليه من أقوال الشهود التى أطرحها الحكم الابتدائى دون ان تبين الأسباب المبررة حسبها أقامة قضائها مع ما يحمله كما أن لها ان تستخلص من أقوال الشهود ما تطمئن اليه ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة أول درجة ، واذ كان ذلك وكان الثابت من أقوال شاهدى المستأنف أمام محكمة أول درجة ان مسكن الطاعة مشغول بسكنى ولدى المستأنف القصر من زوجة أخرى متوفاه - وأن المستأنف عليها رضيت بذلك قبل الزواج وأن المستأنف أمين عليها نفساً ومالا وتنتهى المحكمة من ذلك الى شرعية الطاعة الوارد بالانذار المؤرخ ١٩ / ٢ / ١٩٩٠ ويضحى

اعتراض المستأنف عليها فى غير محله ، واذ خالف الحكم الطعين هذا النظر فانه يكون قد جانبه الصواب وتقضى المحكمة بالغائه وبرفض دعوى المستأنف عليها .

(الاستئناف ١٥٤ لسنة ١٠٩ق « استئناف عالى القاهرة » جلسة ٦ / ٢ / ١٩٩٣)

وحيث انه عن الموضوع فانه من المقرر ان القانون أجاز للزوجة ان تعترض على دعوى الزوج لها للعودة لمنزل الزوجية فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانها على يد محضر وان الاعتراض لا ينصب على مجرد الدعوة للعودة لمنزل الزوجية وانما الاعتراض يكون على فساد هذه الدعوة كأن يكون منزل الزوجية غير موجود أصلا أو فى وجوده نقص من المرافق الشرعية والادوات اللازمة لقيامه أو شغله بسكنى الغير أو يكون الزوج غير أمين عليها نفساً ومالا . ولما كان من المستقر عليه أن لمحكمة الاستئناف أن تستخلص من أقوال الشهود وما تطمئن اليه ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة أول درجة واذ كان ذلك وكانت المحكمة تطمئن الى شهادة شاهدى المستأنفة أمام محكمة أول درجة والتى تستخلص منها المحكمة ان مسكن الطاعة غير شرعى لخلوه من المنقولات الضرورية اللازمة واذ خالف الحكم الطعين هذا النظر فان المحكمة تقضى بالغائه .

(الاستئناف ٨٥ لسنة ١٠٩ق « استئناف عالى القاهرة » جلسة ٦ / ٢ / ١٩٩٣)

(الاستئناف ١٠٥٠ لسنة١٠٩ق « استئناف عالى القاهرة» جلسة٦ / ٤ / ١٩٩٣)

وحيث أنه عن الموضوع فان ماتنعاه المستأنفه على الحكم الطعين فهو فى غير محله ذلك أن من المقرر أن لمحكمة الاستئناف أن تقيم قضائها على ما تطمئن اليه من أقوال الشهود دون أن تبين الأسباب المبرره حسبها اقامة قضائها على ما يحمله ، واذ كان ذلك وكان الثابت من شهادة شاهدى

المستأنفة أمام محكمة أول درجة أنهما لم يشاهدا مسكن الطاعة كما لم يشاهدان ما اذا كان المستأنف عليه غير أمين على المستأنفة نفساً ومن ثم فان المحكمة تطرح شهادتهما جانبا ولما كان الثابت من شهادة شاهدى المستأنف عليه أمام ذات المحكمة أن مسكن الطاعة مستوفى لشرائطه الشرعية وأن المستأنف عليه أمين على المستأنفة نفساً ومالا الأمر الذى تنتهى معه المحكمة من كل أولئك الى شرعية مسكن الطاعة الوارد بالانذار محل الاعتراض والى امانة المستأنف عليه للمستأنف نفساً ومالا ، واذا انتهج الحكم الطعين هذا النظر فان المحكمة تؤيده لما أسلفت من أسباب ولتلك التى أقيم عليها ذلك الحكم والتى تعتبر أسبابه أسبابا مكملة لهذا الحكم وتقضى فى موضوع الاستئناف برفض وتأييد الحكم المستأنف .

(الاستئناف ٨٥٠لسنة ١١٠ق ، استئناف عالى القاهرة، جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٤)

وحيث انه عن موضوع الاستئناف فلما كان المستأنف ينعى على الحكم المستأنف سماعه للشهود وعدم ندبه لخبير لاستظهار مدى شرعية مسكن الطاعة فذلك مردود بأن العبرة بالتحقيق الذى تجريه المحكمة كما ان الشهود الذين تستمع اليهم المحكمة يحلفون بالله على قول الصدق على عكس من يسئلهم الخبير ومن ثم تلتفت المحكمة عن هذا النعى ، ولما كان ذلك وكان الثابت من شهادة شاهدى المستأنف عليها أن مسكن الطاعة عباره عن ثلاث حجرات بالدور الأرضى وحجره بالدور الثانى ودورة مياه وأنه يقيم فيه بالاضافة الى المستأنف شقيقة ..... وزوجته وأولاده وقد أقر الشاهد الأول من شهود المستانف عليه .... شقيق المستأنف بذلك ومن ثم يكون استخلاص الحكم المستأنف لعدم شرعية مسكن الطاعة سائغاً ومستمدا من شهادة الشهود الأمر الذى تقضى معه المحكمة برفض الاستئناف الماثل وتأييد الحكم المستأنف .

(الاستئناف ١٥٠لسنة ٤٤ق ، استئناف عالى طنطا ، جلسة ٢٧ / ٦ / ١٩٩٤)

من قضاء النقض:

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن اليه منها واستخلاص ما تقتنع به مادامت تقيم حكمها على أسباب سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض اعتراض الطاعنة على سند من اطمئنانه لأقوال شاهدى المطعون ضده أمام محكمة أول درجة من أن المطعون ضده أعد مسكنا شرعيا للطاعنة ببنى مزار حيث كانا يقيمان معا وانه أمين عليها نفسا ومالا وان الطاعنة خرجت عن طاعته برفضها العودة لمسكن الزوجية دون مبرر لرغبتها المعيشة بمسكنها الخاص بمدينة ... ، وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ويكفى لحمل قضائه فان النعى عليه بهذا السبب لا يعدو ان يكون جدلا موضوعيا فى تقدير أدلة الدعوى مما لا تجوز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن ١٢٥ لسنة ٦٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

مسكن الطاعه . شرطه . عدم لزوم ان يكون مبنى مستقلا . قضاء الحكم المطعون فيه برفض اعتراض الطاعنه على إنذار الطاعه الموجه لها من المطعون ضده تأسيسا على شرعية الحجره التى أعدها الأخير كمسكن للطاعه لأن لها غلق وعدم اقامة الطاعنه الدليل على أن حالة المطعون ضده الماليه والإجتماعيه تسمح بأن يعد لها مسكنا مستقلا ، دون بيان حالته المالية وإشتمال الغرفة على المرافق الشرعيه المناسبه . قصور .

وإن كان للزوج على زوجته حق الطاعه إلا انه يجب عليه أن يهيئ لها مسكنا شرعيا لائقا بحاله ، لقوله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من

وجدكم » ، وإذا كان هذا النص القرآنى قد ورد فى خصوص المطلقات فهو فى شأن الزوجات أوجب ، ولقوله تعالى « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها» بحيث تعتبر الزوجه ناشزا بإمتناعها عن طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لها . إذا كان هذا المسكن مناسبا لحال الزوج الماليه والإجتماعية ، بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها ،وخاليا من سكنى الغير ولو كان هذا الغير من أهله اذا تضررت الزوجه من وجودهم كالضره وأولاد الزوج من غيرها عدا ولده الصغير غير المميز ،ولا يشترط فى مسكن الطاعه أن يكون مبنى مستقلا فقد يكون كذلك أو وحده سكنيه فى مبنى أو غرفة حسبما يسكن أقران الزوج ممن هم فى مستواه المادى والإجتماعى ، ويلزم ان يكون لهذا المسكن غلق ، وأن يشتمل على جميع المرافق المنزليه والأدوات الشرعيه وفقا لحال أمثال الزوج حسبما يجرى به العرف ، حتى يعتبر مستقلا وقائما بذاته ، لما كان ذلك ،وكانت الطاعنه قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن المسكن الذى أعده لها المطعون ضده غير شرعى لإنشغاله بسكنى الغير، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الإبتدائى المستأنف الذى قضى برفض اعتراض الطاعنه على إنذار الطاعه الموجه لها من المطعون ضده ،وتناول دفاع الطاعنه الذى ساقته على النحو المتقدم بالإحالة الى ما أورده الحكم الإبتدائى فى أسبابه من أن الثابت من أقوال الشهود أن مسكن الطاعه عباره عن حجره لها غلق خاص ، وأضاف الحكم المطعون فيه الى ذلك أن الطاعنه لم تقم الدليل على أن حالة المطعون ضده الماليه والإجتماعية تسمح بأن يعد لها مسكنا مستقلا ، دون أن يبين حالته الماليه وما اذا كانت الغرفة التى أعدها تتفق ومستواه المادى والإجتماعى وما إذا كانت مشتمله على مرافعتها الشرعيه حتى تتمكن محكمة النقض من أعمال رقابتها بشأن ما خلص اليه الحكم فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه .

(الطعن ٢٣٩ لسنة ٦٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

مسكن الطاعه من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع فى تقدير مدى شرعيته . لا رقابه عليها فى ذلك متى أقامت قضائها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

لما كان تقدير مدى شرعية مسكن الطاعه من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع بمالها من سلطة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة إذ أنها لا تقضى إلا على أساس ما تطمئن اليه وتثق به ، ولا رقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعه بغير سند ، وحسبها ان تبين الحقيقة التى إقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، ولا عليها من بعد ان تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد إستقلالا على كل قول أو حجه أو طلب أثاروه مادام قيام الحقيقة التى إقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات .

(الطعن ١٥٦ لسنة ٦٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ١ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

ثالثا : الدفع بعدم إيفاء الزوج عاجل الصداق :

سبق أن أوردنا أن من شروط الطاعه ان تكون الزوجه قد إستوفت عاجل صداقها وهو المهر ومن أسمائه الصداق والمهر حق من حقوق الزوجه، والمهر أو الصداق ليس ركنا فى الزواج ولا شرط من شروطه بل هو حكم من أحكامه المترتبه عليه بعد تمامه والمهر قسمان :

١ - المهر المسمى : وهو ما سمى فى العقد تسمية صحيحة وإتفق عليه الطرفان أو فرض للزوجه بالتراضى والثانى مهر المثل وهو مهر إمرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها وعمتها فتستطيع الزوجه أن تدفع دعوى الزوج لعدم إيفائها عاجل صداقها .

وقد استقر القضاء على أن :

المهر ليس شرطا لصحة النكاح . للزوجة الامتناع عن الدخول فى طاعة زوجها حتى تستوفى العاجل منه دون أن تعد ناشزاً .

الاجماع على أن أداء المهر واجب شرعاً للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه بحيث يجوز لها ان تمتنع عن أن تزف الى زوجها والدخول فى طاعته حتى تستوفى الحال من صداقها الذى اتفقا على تعجيله ، ولا تعد بهذا الامتناع ناشزاً عن طاعته .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢١/٢/١٩٧٩ س ٣٠ ص ٥٨٨)

إمتناع الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها لعدم إيفائها عاجل صداقها . القضاء بتطليقها منه للضرر المتبين فى هجره إياها . صحيح . إبداء الزوج رغبته فى دفع عاجل الصداق أمام المحكمة . لا أثر له .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢١/٢/١٩٧٩ س ٣٠ ص ٥٨٨)

رابعا: الدفع ببطلان إنذار الطاعه لعدم بيان مسكن الطاعه:

تستطيع الزوجه أن ترفع دعوى إنذار الطاعه بأن إنذار الطاعه قد جاء خلوا من بيان المسكن الشرعى الذى يدعوها فيه .

ذلك أن المشـرع قـد أوجب على الزوج أن يبين فى الإنذار المسكن الذى يدعو فيه زوجته للطاعه فيه بأن يذكر وصفه مبينا عدد حجراته وإسم الشارع الكائن به وأسماء جيرانه من الجهات الأربع البحريه والقبلية والشرقية والغربية ، أى أنه يجب عليه أن يورد فى إعلانه ما يكفى لإعلام الزوجه بمسكن الطاعه إعلانا يمكنها من معرفته والإهتداء اليه حتى تتبين عند إعتراضها عليه أوجه الإعتراض التى تستند إليها فى إمتناعها عن طاعة زوجها.

فإذا جاء هذا الإعلان قاصر البيان أو مبهما لا يمكن الزوجه من الإستدلال على هذا المسكن فقد هذا الإنذار صلاحيته للغرض الذى أعد له وبالتالى يعتبر كان لم يكن .

وهذا ما أكده قضاء النقض :

« الفقره الثانية من المادة السادسة مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ أوجبت على الزوج أن يبين فى الإعلان الموجه منه لزوجته المسكن الذى يدعوها للعودة اليه ، فقد أفادت أن يكون هذا البيان - الوارد فى الإعلان كافيا بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلانا يمكنها من معرفته والإهتداء اليه ، وحتى تتبين - عند اعتراضها عليه - أوجه الإعتراض التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه ، فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهما أو غير مقروء لا يمكن الزوجه من التعرف على المسكن المبين فيه فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له ويعتبر فى شأنه كان لم يكن . لما كان ذلك وكان تقدير كفاية البيان الوارد فى الإعلان أو

عدم كفايته من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله ، وكان الثابت من ورقة الإعلان المعلنه للمطعون ضدها بتاريخ ..... بناء على طلب الطاعن أنه لم يرد بيان المسكن الذى يدعوها اليه بيانا واضحا يمكن الشخص العادى من قراءته وتحديده والتعرف عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بعدم الإعتداد به على سند مما قدره من أن الإعلان لا يكفى للتدليل على مسكن الزوجية بما يفقده صلاحيته وهو من الحكم استخلاص سائغ له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ، وإذ يدور النعى حول تعيب هذا الإستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقرير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة » .

(الطعن ٢ لسنة ٥٨ ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٦ / ١٢ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

الباب التاسع

الدفوع فى النسب

يجرى نص المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل على النحو التالى :

« لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

جاء بالمذكرة الايضاحية تعليقا على هذه المادة :

« بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع إقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا .

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائناً إذا أتت به لأقل من سنتين من و قت الوفاة .

ويثبت ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة . والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى الى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة .

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبن أغلبهم رأيه ذلك الا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن ان أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة . فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة للحمل ٣٦٥ يوما يشمل جميع الأحوال النادرة .

وبما انه يجوز شرعا لولى الأمر ان يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيه الاحتيال والتزوير لذلك وضعت المادة ١٥ من مشروع القانون » .

أهمية النسب :

من الآثار التى رتبها الشارع على عقد الزواج ان الأولاد الذين تلدهم الزوجة حال قيام الزوجية أو فى أثناء العدة منها سواء كانت عدة طلاق أم عدة وفاة يثبت نسبهم من كل من الزوج والزوجة فيكون الزوج أباً لهم وتكون الزوجة أماً لهم ذلك لانه وأن كان المقصود الأصلى من عقد الزواج هو ملك الرجل متعة المرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل الا أن هذا ليس هو ما يهدف اليه الشارع من تشريع الزواج بل أنه يهدف الى بقاء النوع البشرى على الوجه الأتم والأكمل وليس ملك المتعة وحل الاستمتاع الا وسيلة لتحقيق هذه الغاية .(١)

---

(١) انظر فى ذلك حقوق الأولاد والأقارب الدكتور محمد الحسينى ص ٧ ومابعدها . وراجع الأسرة وأحكامها فى الشريعة الاسلامية للأستاذ الدكتور محمد على محجوب ص ٥٢٧ وما بعدها .

واذا كان الخالق قد وهب الناس نعمة الوجود وشرفهم بأنهم خلقه وأثر قدرته وتعهدهم بالنعم ووزعها بينهم على مقتضى حكمته واذا كانت سنة الله فى خلقه أن يوجد المخلوق طفلا لا يستقل بنفسه ولا يقدر ان يشب من غير معين كان من لطيف رحمته أن يوجد بينهم رابطة كريمة قوية تحث القوى الكبير على رعاية الطفل الصغير مدفوعا فى هذا بعامل من المحبة ووازع من الحنو لا يشاركه فيه أجنبى يقلل عطفه ولا دخيل يشاركه حنانه فأقام بينهم رابطة النسب وعدها أحدى نعمه التى أنعم بها على عباده ومظهرا من مظاهر قدرته فقال جل ثناؤه « وهو الذى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا » .

واذ كانت هذه الصلة العظيمة على هذا الجانب من الخطورة لم يتركها الشارع نهبا للأهواء والعواطف تهبها لمن تشاء وتحرم منها من أرادت بل تولاها بتشريعه واعتنى بها أعظم عناية وأحاطها بسياج منيع يحفظها من الفساد والانحلال والاضطراب فقضى على الأدعاء والتبنى الذى كان مشهورا فى الجاهلية وصدر الاسلام .

وأمر بنسبة هؤلاء الأبناء الى آبائهم أن عرفوا فان لم يعرف لواحد منهم أب دعى أخا فى الدين أو مولى .

فقال سبحانه « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » .

وجعل لنشوء النسب سببا واضحا فى الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج أو ملك اليمين وأبطل ما كان يجرى عليه أهل الجاهلية من الحاق الأولاد عن طريق العهر والزنا فقال صلى الله عليه وسلم :

« الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ومعناه أن من يجئ من الأولاد ثمرة لفراش صحيح قائم على عقد الزواج أو ملك اليمين يلتحق نسبه بأبيه وأن العهر والزنا لا يصلح أن يكون سببا للنسب .

ونهى الآباء عن انكار نسب أولادهم وتوعدهم بالعقاب الشديد على ذلك فقال ﷺ : « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه » أى يعلم أنه ابنه « احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الخلائق » .

وهذا لان انكار الأب ولده يترتب عليه تعريضه وأمه للذل الدائم والعار الذى لا ينتهى وفى هذا من الضرر ما لا يخفى .

ومن أجل ذلك عنى فقهاء الاسلام بهذا الحق عناية كبيرة وحرص الكثير منهم على عدم ضياع الولد لا سيما فقهاء الحنفية .

أطراف النسب :

أطراف النسب ثلاثة : الأب – الأم – الولد [1]. وذلك لان النسب رابطة ولا تتحقق هذه الرابطة فى أصل نشأتها الا بوجود هذه الأطراف الثلاثة.

ألا أن الأب الذى يتكون الولد منه لا يعترف بأبوته ولا تثبت له حقوق هذه الأبوة ولا لولده حقوق البنوة الا اذا كانت معاشرته ومخالطته لأم ذلك الولد مما يحل أو مما يكون فيه شبهة الحل . على ما سنبينه عند كلامنا عن أسباب ثبوت النسب . فاذا تحقق فى مخالطته للمرأة ذلك وثبتت أبوته للولد فان هذا الولد ينسب اليه لا الى الأم وذلك باعتبار ان الأب هو رب الأسرة والمسئول عنها ولا يعنى هنا نفى نسبه من الأم ولا يرفع الحقوق المترتبة على هذا النسب فهو وان لم يذكر فى اسم الولد فهو موجود وقائم

(١) راجع حقوق الأولاد والأقارب المرجع السابق ص ١٠ .
وراجع الأسرة وأحكامها المرجع السابق ص ٥٣٩ وما بعدها .

ويترتب عليه آثاره . أما اذا لم يثبت نسب الولد من أبيه كما في ولد الزنا فانه ينسب الى أمه ويقرن اسمه باسمها للتعريف به .

من له حق النسب :

النسب حق للأب :

ذلك أن من حق الأب صيانة الولد الذى وجد له وحفظه من الضياع.

والنسب كذلك حق للأم : لان من حقها ان تدفع عن نفسها تهمة الزنا . وأن تصون أبنها من الضياع ولذلك فهى تصلح خصما في دعوى نسب أبنها من أبيه مادام في يدها سواء كانت دعوى النسب مجردة . أم كانت ضمن دعوى أخرى كدعوى النفقة والحضانة .

والنسب كذلك حق للولد نفسه : اذ أنه محتاج الى دفع التعبير عن نفسه بكونه ولد زنا ولانه يترتب له حقوق أخرى اذا ثبت نسبه من الأب . كحقه في النفقة والرضاع والحضانة والانضمام الى أبيه في السكنى بعد انتهاء حضانته . وحقه في الارث من أبيه بعد وفاته . الى غير ذلك من الحقوق التى يثبتها له الشرع أو تثبتها له الأنظمة والقوانين . ويترتب على كون النسب حقا للولد كذلك أن يثبت بمجرد السبب المنشئ له من زوجيه صحيحة أو فاسدة دون حاجة الى اعتراف الزوجين . أو أحدهما به ودون نظر الى انكارهما أياه فمتى ثبت ان الولد قد ولد في أثناء قيام الزوجية أو أثناء قيام العدة منها وتوفرت شروط ثبوت النسب ثبت نسبه من الزوج حتى لو اتفق كل من الزوجين على نفى نسبه ولا يمكن نفى نسبه من الزوج الا بحكم من القاضى بعد ملاعنة الزوجين عند توفر شروط اللعان .

مما يترتب على كون النسب حقاً للولد أنه يحتاط في اثبات نسبه بقدر الأمكان .

والنسب فيه حق لله تعالى :

ويترتب على كون النسب حقاً لله تعالى ان الشهادة تقبل فيه حسبه أى من غير أن تكون هناك دعوى أو بلا طلب من المدعى .

تطبيقات قضائية :

النص أن الولد للفراش انما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الطاعنة أتت بالبنت المدعى نسبها للمطعون عليه لاقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسبها به لتحقق قيام الوطء في غير عصمة وتيقن العلوق قبل قيام الفراش، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص غير سديد .

(الطعن ١٨لسنة٤٥ق«احوال شخصية» جلسة٣ / ١١ / ١٩٧٦س٢٧ص١٥٠٨)

لما كان ذلك وكان ما أثبته مفتش الصحة بشهادة الوفاة المؤرخة ٢٢ / ٤ / ١٩٧٤ عن انفصال حمل الطاعنة المستكن ميتا عن سقط لثمانية أشهر رحميه مصدره خبرته الفنية ، لا رؤيته لواقعة الانفصال لحظة حدوثها، وكان رأى الخبير مما يخضع للتقدير واثبات عكسه ، ومن ثم لا يكون له حجية قاطعة فى الاثبات بل يرجع فى أمر صحته أو عدم صحته الى القواعد العامة فى الاثبات ، فيجوز اثبات انفصال الحمل حيا على عكس ما أثبت بالشهادة بكافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن أوجب لاثبات ما يخالف ذلك البيان اتخاذ طريق الادعاء بالتزوير وجره ذلك الى اخراج مستندات الطاعنة ومناقشة دلالتها على انفصال الحمل حيا ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(الطعن ١٨لسنة٤٩ق «احوال شخصية»جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٨٢ لم ينشر بعد)

لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه انه استند فى قضائه بثبوت نسب الصغير للطاعن على قوله " ان هذه المحكمة تطمئن الى اقوال شهود المستأنف عليها امام محكمة الدرجة الاولى وامام هذه المحكمة من ان المستأنف عليها زوجه المستأنف بصحيح العقد الشرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الازواج ورزقت منه على فراش الزوجية بالولد .... وانه ولد بعد ستة اشهر من تاريخ زواجهما فى آخر سنة ١٩٧٩ . ومن ثم يكون الصغير وليد زواج شرعى لخروج المستأنف مرافقا زوجته المستأنف عليها وعليها علامات الحمل بين الناس. وكان هذا الذى خلص اليه الحكم له اصله الثابت فى الاوراق ويكفى لحمل قضائه، وكان لا تثريب على الحكم بعد ذلك ان اعتد بشهادة شاهدى المطعون ضدهما طالما ان الطاعن لم يبين بسبب النعى المستندات التى تدل على عدم عدل الشاهد او وجود صلة مانعة بالمشهود لها ، لما كان ذلك وكانت شهادة القرابات مقبولة الا شهادة الاصل لفرعه والفرع لاصله، فان النعى عليه بهذا السبب يكون على غير اساس.

(الطعن ٦٢ لسنة ٥٨ق «احوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

وان كان ثبوت النسب حقا أصليا للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو تعير بولد ليس له أب معروف فهو فى نفس الوقت حق أصلى للولد لأنه يرتب له حقوق بينها الشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والارث ويتعلق به أيضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها فلا تملك الأم اسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى .

(الطعن ٧١ لسنة ٦٠ق «احوال شخصية» جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

وحيث انه لما كان مـن الاصول المقررة فى الشريعة الاسلامية. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه، ورتب

الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسبا ، إلا ان أساس الاخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة في زمن لا يقل عن ستة شهور من تاريخ الزواج ، لما هو مجمع عليه من أنها أقل مدة للحمل أخذا بقوله تعالى "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" وقوله تعالى "وفصاله فى عامين" فبإسقاط مدة الفصال الواردة فى الاية الاخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة فى الآية الاولى يتبقى للحمل ستة أشهر، وفرع الفقهاء على ذلك أنه اذا تزوج الرجل إمرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من زواجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه . ولما كان الراجح فى مذهب الحنفيه سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا، فيحق للزانى أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها فى هذا النكاح ولكن لا يثبت الولد منه اذا اتت به لاقل من ستة أشهر لانه لم يكن وليد مدة حمل تام .

(الطعن ٧١ لسنة ٦٠ق «احوال شخصية» جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

أسباب ثبوت النسب :

ثبوت النسب بالنسبة للمرأة :

ان سبب ثبوت النسب بالنسبة للمرأة هى الولادة فاذا اختلف الزوج مع زوجته فى الولاده أو المولود بأن ادعت الولادة فى وقت معين . وأنكر هو حدوثها أو ادعت ان المولود هو ذلك الولد وأنكر فإنه يكفى فى إثبات ما ينكره الزوج شهادة القابلة وذلك لأنه روى أن النبى ﷺ أجاز شهادة القابلة من غير اشتراط العدد ، ولأن الولادة حادثة لا يعاينها فى غالب أحوالها إلا القابلات ، ويتعذر أن يحضر رجال الولادة ويندر ان يحضرها نساء كثيرات .[1]

ولو كان يقر بالولادة والمولود ، ولكن ينكر النسب فانه يلاعن مادامت الزوجية قائمة .

هذا إذا كانت الزوجية قائمة ، فإن كانت معتدة من طلاق أو وفاه وجاءت بولد فأنكر الزوج أو ورثته الولادة فإن لم يكن الزوج ،.أو الورثة أقروا بالحبل ، ولم يكن ظاهرا لامجال لإنكاره ، فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة كاملة عند أبى حنيفة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن النكاح قد انقطع بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة ، فيكون القضاء بالولادة وهى أجنبية، ودعوى ثبوت نسب أجنبى لا تثبت إلا بشهادة كاملة .[2]

وقال الصاحبان تثبت الولادة بشهادة القابلة ، وذلك لأن النكاح آثاره باقية فى عدة الطلاق والوفاة ، ووقت الولادة لم تكن أجنبية ، فهى قد ولدته على فراش النكاح الصحيح فيكتفى بشهادة القابلة كحال قيام الزوجية .

---

(١) راجع الشيخ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص ٤٦١ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٦٢ .

وإن كان قد سبق إقرار بالحمل أو كان الحمل ظاهرا لا سبيل لإنكاره، فقد قال أبو حنيفة القول قولها فى الولادة من غير حاجة الى شهادة قابلة، بل يكتفى بيمينها .

وقال الصاحبان يكفى أخبار القابلة على مقتضى مذهبهما دائماً .

وإن كان الاختلاف في المولود لا فى الولادة فالاتفاق بين الإمام والصاحبين على أنه تكفى شهادة القابلة .

ولا سبيل لنفى النسب ، لأن اللعان لا يكون إلا حال قيام الزوجية ، ولا يكون فى العدة .

(الطعن ٧١ لسنة ٦٥ ق «احوال شخصية» جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

ثبوت النسب بالنسبة للرجل :

يثبت النسب بالنسبة للرجل بواحد من ثلاث :

١ - الفراش .

٢ - الإقرار .

٣ - البينة .

ثبوت النسب بالفراش الصحيح :

والمراد بالفراش الصحيح : ان تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد زواج صحيح . فالزواج الصحيح يثبت به الفراش ويعتبر العقد فيه سببا لثبوت النسب باتفاق الفقهاء ، متى توافرت الشروط المعتبرة فى هذه الحالة.

والمراد بما الحق بالفراش الصحيح : الدخول الحقيقي والمخالطة الجنسية بناء على زواج فاسد أو شبهة .

فسبب ثبوت النسب هو العقد في الزواج الصحيح .[1]

وعليه لابد من توافر شرط وجود عقد زواج .

تطبيقات قضائية :

النسب يثبت بالفراش الصحيح وبالاقرار وبالبينة . الفراش سبب منشئ للنسب . البينة والاقرار كاشفان له .

النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالاقرار وبالبينة ، غير أن الفراش فيه ليس طريقا من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سببا منشئاً له ، أما البينة والإقرار فيهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته .

(الطعن ١١ لسنة ٤٤ ق، أحوال شخصية ، جلسة ٤ / ٢ / ١٩٧٦ س٢٧ ض٣٩٨)

النسب يثبت بالفراش. المقصود بالفراش. الزنا لا يثبت نسبا. زواج الزاني بمزنيته لايثبت نسب الوليد اذا أتت به لاقل من ستة اشهر .

من الاصول المقررة في فقه الشريعة الاسلامية. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبيهه، ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا

---

(١) راجع الدكتور أحمد فراج حسن احكام الأسرة في الاسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ص ٢٠٠ وما بعدها .

لا يثبت نسبا، وأساس الاخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة فى زمن لايقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج، لما هو مجمع عليه من أنها أقل مدة للحمل أخذا بقوله تعالى "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" وقوله تعالى "وفصاله فى عامين" فبإسقاط مدة الفصال الواردة فى الاية الاخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة فى الآية الاولى يتبقى للحمل ستة أشهر، وفرع الفقهاء على ذلك أنه اذا تزوج رجل إمرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من زواجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه، ومن الراجح فى مذهب الحنفيه سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا، فيحق للزانى أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها فى هذا النكاح ولكن لا يثبت الولد منه اذا اتت به لاقل من ستة أشهر لانه لم يكن وليد مدة حمل تام.

(الطعن ١٨ لسنة ٤٥ ق «احوال شخصية» جلسة ٣ / ١١ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٥٠٩)

النسب. ثبوته فى حق الرجل بالفراش وبالبينة وبالاقرار. الاقرار بالبنوة. شرط صحته. ان يكون الولد مجهول النسب. تعلق حق الولد بهذا الاقرار.

النسب كما يثبت فى جانب الرجل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بالفراش وبالبينة يثبت بالاقرار، ويشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال، كما أن الإقرار يتعلق به حق المقر له فى أن يثبت نسبه من المقر وينتفى به كونه من الزنا. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استند ضمن ما استند عليه فى قضائه بثبوت نسب المورث من والده .... إلى إقرار الأخير ببنوته فى دعوى قيده بدفاتر المواليد، وكان هذا الاقرار بالبنوة قد تعلق به حق المورث فى أن

يثبت نسبه من والده المشار إليه ، ولا يبطله ان يكون تاريخ وثيقة زواج والديه لاحقاً على تاريخ ميلاده التقديرى ، أو أن يسبق التاريخ الأخير إقرار والدته بانقضاء عدتها من طلاقها رجعيا من زوج سابق طالما لم يدع المذكور بنوته . لا يقدح فى ذلك ، أن مقتضى إقرار المرأة بانقضاء العدة أنها ليست بحامل ، وأن عدة الحامل لا تنقضى إلا بوضع الحمل ، وأن الولد الذى تأتى به بعد ذلك لا يلزم إسناده الى حمل حادث بعد الاقرار ، لأن مفاد ما خلص اليه الحكم أنه طالما تصادق الزوجان على نسبة المورث لهما بقيده فى دفتر المواليد ، فان إقرار والدة المورث بانقضاء عدتها من مطلقها بسنة الى ماقبل الولادة ، ورتب على ذلك أن المورث ولد على فراش زوجية صحيحة بالزوج الثانى ، ونسبه موصول بهذا الأخير ، وهو استخلاص موضوعي سائغ دلالته الإقرار يستقل به قاضى الموضوع .

(الطعن ٢٩ لسنة ٤٦ ق «احوال شخصية» جلسة ٧ / ٣ / ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٧٥٣)

النسب يثبت بالفراش أو الاقرار أو البينة .

(الطعن ٣٨ لسنة ٤٧ ق «احوال شخصية» جلسة ٥ / ٣ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ٧٤٦)

النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش أو البينة أو الاقرار .

(الطعن ١١٣ لسنة ٥٨ ق «احوال شخصية» جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

الشروط اللازمة لثبوت النسب بالفراش:

يشترط لثبوت النسب بالفراش الشروط الآتية:

أولاً : وجود عقد زواج صحيح :

فقد اتفق الفقهاء على أن العقد فى الزواج الصحيح هو السبب فى ثبوت نسب الولد ، الذى يولد أثناء قيام الزوجية [١] اذا توافرت بقية الشروط .

وقد استقر القضاء على أن :

من الاصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية أن النسب يثبت "بالفراش الصحيح" وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه وأن الوعد والاستيعاد لا ينعقد بهما زواج باعتبار أن الزواج لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته بالمستقبل .

(الطعن٢٥لسنة٤٦ق «احوال شخصية»جلسة٣١ / ٥ / ١٩٧٨س٢٩ص١٣٧٩)

ثبوت النسب المستند الى الزواج الصحيح أو الفاسد . وجوب أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالاقرار أو

بالبينة الشرعية . لا يشترط لقبول البينة معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد .

القاعدة فى اثبات النسب أنه اذا استند الى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة الشرعية وهى على من ادعى بل أن البينة فى هذا المجال

---

(١) أحكام الأسرة فى الاسلام ص ٢٠٠ .

أقوى من مجرد الدعوى أو الاقرار ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد وانما يكفى أن تدل على توافر الزواج أو الفراش بمعناه الشرعى .

(الطعن ١٠٠ لسنة ٥٥ ق «احوال شخصية» جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٥٨٣)

النسب كما يثبت بالبينة والاقرار يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به .

(الطعن ٨ لسنة ٥٨ ق «احوال شخصية» جلسة ٢١ / ١١ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

« من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح ...» .

(الطعن ٧٣ لسنة ٥٧ ق « احوال شخصية » جلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

حيث ان هذا النعى سديد ذلك أنه من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح .

(الطعن ٢٩ لسنة ٦١ ق «احوال شخصية» جلسة ١٥ / ٩ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

وحيث أن من الأصول المقررة فى الشريعة الاسلامية أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به .

(الطعن ٧١ لسنة ٦٠ ق «احوال شخصية» جلسة ١٣ / ٥ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

سماع دعوى النسب :

دعوى الإرث بسبب البنوة. تميزها عن دعوى إثبات الزوجية. جواز إثبات البنوة فيها بالبينة . لا محل لاشتراط وجود وثيقة زواج رسمية . علة ذلك .

اذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى إرث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية ، وكان موضوع النسب مطروحا فيها باعتباره سبب استحقاق الإرث وكان المشرع لم يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعية من أول أغسطس ١٩٣١ لا تأثير له شرعا على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فإنه لا تثريب على الحكم إن هو أطرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل - البنية - على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى اقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه .

(الطعن٨ لسنة٤٤ق «احوال شخصية» جلسة ٢١ / ١ / ١٩٧٦س٢٧ ص٢٧١)

وحيث ان هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان دعوى النسب متميزة عن دعوى اثبات الزوجية وان اثباتها لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها اذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب التى مازالت باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية وكان النسب كما يثبت بالبينة والاقرار يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع بمالها من سلطة فى

تقدير الأدلة قد اطمأنت الى أقوال أحد شاهدى المطعون ضدها واستخلصت منها . ومن سكوت الطاعن على مظاهر الحمل التى بانت عليها عقب زواجه الموثق بها ان زواجا عرفياً قد انعقد بينهما سابقا على هذا الزواج الموثق وان المطعون ضدها أتت بالولد - المقيد - لأكثر من سته أشهر على فراش الزوجية ، وهو من المحكمة استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى الى النتيحة التى انتهى اليها الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعن فإن النعى عليه يكون على غير أساس .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن ٨ لسنة٥٨ق «احوال شخصية» جلسة ٢١ / ١١ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ الا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية . م ٩٩ / ٤ مرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ . إقتصاره على دعوى الزوجية . خروج دعوى النسب عنه ولو كان من هذه الزيجة غير الثابتة .

(الطعن ٦١ لسنة٥٨ق «احوال شخصية» جلسة ١١ / ٦ / ١٩٩١ لم ينشر بعد)

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول أن المطعون ضدها تستند فى إثبات نسب الصغير اليه الى أنها زوجة للطاعن بعقد عرفى ، ولما كانت هذه الزوجية غير ثابته بوثيقة زواج رسمية فقد رفع الدعوى بعدم سماعها لعدم تقديم وثيقة الزواج الرسمية لأنه من غير الجائز إثبات الزوجية بشهادة الشهود وإنقضى الحكم فيه برفض هذا الدفع يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعى فى غير محله . ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى النسب متميزة عن دعوى اثبات الزوجية .... وأن إثبات البنوة لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها ، إذ لا تأثير لهذا المنع على دعوى النسب والتى مازالت باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية حتى لو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع بعدم سماع الدعوى المبدى من الطاعن على سند من أن الدعوى دعوى إثبات نسب وليس من دعاوى الزوجية فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس .

(الطعن ٦٢ لسنة ٥٨ ق «احوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٩٢ لم ينشر بعد)

ثانيا : أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا :

وذلك بأن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً قارب البلوغ فاذا كان الزوج صغيرا لا يتصور الحمل منه لم يكن الولد ثابت النسب منه وإذا كان الزوج بالغاً ولكنه لم يلتق بزوجته أصلا بأن كان قد تزوجها بالمراسلة وكان بين محل اقامته وبين محل إقامتها مسافة بعيدة بأن كان يقيم فى القاهرة وتقيم زوجته فى نيودلهى مثلا ثبت ولدها منه فى المذهب الحنفى استناداً الى أمور غير عادية تدخل فى باب الولاية والكرامة وغيرها من المعجزات . وقد خالفهم فى ذلك المالكية والشافعية وأحمد بن حنبل وقرروا أن الفراش الثابت فى العقد الصحيح يكون سبباً لثبوت النسب إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكناً بأن كانا يتلاقيان أو كانا فى مكانين قريبين بحيث يمكن للرجل ان يتصل بها ويباشرها فان كانا بعيدين بحيث لا يمكن تلاقيهما لم

يثبت نسب ولدها منه . وبرأى تلك المذاهب الثلاثة أخذ المشرع فنص.[1] في المادة ١٥ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجه ثبت عدم التلاقى بها وبين زوجها من حين العقد ...» .

واستقر القضاء على أن :

من المقرر شرعا أنه فى حال قيام الزوجية الصحيحة ، إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج ، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة الى إقرار أو بينة ، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين (أولهما) أن يكون نفيه وقت الولادة (وثانيهما) أن يلاعن امرأته ، فاذا تم اللعان بينهما مستوفيا شروطه فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن أبيه وألحقه بأمه .

(الطعن ١٠ لسنة ٤١ق «احوال شخصية» جلسة ٥ / ٢ / ١٩٧٥س٢٦ ص٣٤٨)

ثالثا : أن تأتى الزوجة بالولد لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها [2]

وتلك أقل مدة للحمل شرعا وهى ستة أشهر باتفاق الفقهاء استنباطا من قوله تعالى ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وقوله تعالى ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله فى عامين ﴾ والآية الأولى قررت أن الحمل والفصال وهو الفطام بتمامه فى ثلاثين شهراً وقررت الآية الثانية أن الفطام وحده فى عامين فيبقى للحمل وحده أخذا من مجموع الآيتين ستة

(١ ، ٢) راجع المستشار محمد الدجوى المرجع السابق ص ٣٢٠ ، ص ٢٣٢ .

أشهر وروى أنه رفع إلى عمر رضى الله عنه فى قول ، والى عثمان بن عفان رضى الله عنه فى قول آخر أن أمرأة ولدت لستة أشهر من وقت زواجها فهم عمر أو عثمان باقامة الحد عليها فقال له الإمام على كرم الله وجهه فى قول وعبد الله بن عباس فى قول آخر ليس لك ذلك قال الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ وقال تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ فحولان وستة أشهر فخلى عمر أو عثمان سبيلها واشتهر هذا بين الصحابة ولم ينكره أحد منهم وهذا رأى الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء .

وإذا كان الزوج قد أقام دعواه ضد زوجته بطلب الحكم بنفى نسب ولد أتت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج الموثق وكانت الزوجة قد رفعت الدعوى بأن ثمة عقد عرفى انعقد بينهما قبل عقد الزواج الموثق وأن الولد جاء ثمرة لهذا العقد العرفى وإذ كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات حصول زواج صحيح أو فاسد بعقد عرفى مما يعتبر فراشاً صحيحاً يثبت به نسب الصغير اليه وكان الثابت أنها ذكرت فى تحقيقات إدارية ان الزوج اغتصبها كرهاً عنها بعد أن قدم لها مادة أفقدتها الوعى وأنها حملت بالصغير من هذه الواقعة ومؤدى أقوالها هذه أن الصغير جاء من زنا والزنا لا يثبت نسباً لقول النبى ﷺ « الولد للفراش وللعاهر الحجر » فدعواها تصبح غير مسموعة للتناقض وهو تناقض فى أمر لا يخفى إذ هو قائم فى السبب وهو الزواج والزواج أمر لا يخفى والتناقض قائم بين أقوالها فى التحقيقات وهى تحت بصر المحكمة وبين أقوالها فى الدعوى إذ هى تقرر فى الأولى أن الولد جاء من زنا بينما تقرر فى الثانية أن الولد جاء ثمرة زواج عرفى انعقد بينهما قبل الزواج الموثق وهو تناقض لا يمكن إزالته إذ يتعذر التوفيق بين الكلامين ، فالصغير ثمرة العلاقة غير الشرعية (الزنا) حسب أحد الكلامين ، وثمرة علاقة شرعية بالعقد العرفى حسب الكلام الثانى

والتناقض شرعا مانع من سماع الدعوى ومن صحتها إذ هو فى أمر لا يخفى هو تكييف العلاقة بينها وبين من أصبح زوجها بالعقد الموثق عند ابتداء حملها بالصغير ولا يوجد ما يرفعه بحمل الكلامين على الآخر ، فيكون الثابت أنها أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت النسب .

رابعاً : ان تأتى بالولد لأقل من أقصى مدة حمل :

أن تأتى بالولد فى مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ الفرقة بينهما وفى المذهب الحنفى أقصى مدة للحمل سنتان استدلالا بما روى عن السيدة عائشة من قولها « ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود الغزل » ، وقال الشافعى أربع ، وقال مالك خمس سنين ، وقال احمد ان أقصى مدة الحمل سنتان وهو رأى الحنفية ، وقال محمد بن الحكم أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية وقال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ولا تزيد على ذلك وكان مؤدى مذهب الحنفية - وهو الذى كان معمولا به قبل ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ - ان يثبت نسب ولد أتت به الزوجة التى ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد وثبوت نسب ولد المطلقة بائناً والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به فى مدة سنتين من وقت الطلاق البائن أو الوفاة وثبوت نسب ولد المطلقة رجعياً فى أى وقت ولو لأكثر من سنتين من تاريخ الطلاق ﴿ ما لم تقر بانقضاء العدة وكن قليلات أولئك اللاتى يقررن بانقضاء عدتهن ﴾ وقد أدى ذلك مع شيوع فساد الذمم وانعدام الضمائر وسوء الأخلاق الى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين ولذا رأى الشرع الوضعى منع سماع دعاوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة (مادة ١٥ مرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩) وبنى المشرع ذلك

حسبما قال فى المذكرة الإيضاحية على أنه « لما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنياً على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم ين أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على اخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كابى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة وبما أنه تجوز شرعا لولى الأمر ان يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير ولذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون

أولا : الدفع ببطلان الإقرار بالنسب :

الإقرار بالنسب هو الذى لا يكون فيه تحميل النسب على غيره وهو الإقرار بالبنوه المباشره أو بالأبوه المباشره .

والنسب كما يثبت بالفراش يثبت بالإقرار على أنه يشترط لصحة الإقرار أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكنا ولادته لمثل المقر فإذا ما كان الولد معروف النسب فإن الإقرار به لا يثبت نسبه بل يقال له دعى والدعى هو الشخص معروف النسب ويستطيع الأب أو الإبن أن يدفع النسب بدفعه ببطلان الإقرار .

وقد إستقر قضاء النقض على أن : المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - إن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة فى إثبات النسب ، وإن كانت تعد قرينة عليه ، إذ لم يقصد بها ثبوته ، وإنما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها ووضعت له ، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله ، بل يصح بالإملاء من القابله أو الأم ، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها الى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها .

(الطعن ١٥٥ لسنة ٥٨ق «احوال شخصية» جلسة ٣٠ / ٥ / ١٩٨٩ س ٤٠ ص ٤٦٦)

النسب - فى الفقه الحنفى - يثبت بالفراش وبالبينة وبالإقرار . صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه . أثره . لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال - سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا . إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب . لا أثر له . علة ذلك . الإقرار بالنسب فى مجلس القضاء أو فى غيره . صحيح .

(الطعن ١٣٦ لسنة ٦٠ ق «احوال شخصية» جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

التبنى . ماهيته . الإقرار بالنسب . صدوره مستوفيا شرائطه . أثره . لايحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذبا . إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعنان١٨٧ ، ١٨٨لسنة ٦٠ق «احوال شخصية» جلسة ٢٦ / ٤ / ١٩٩٤)

(الطعن١١٩ لسنة ٦٠ق«احوال شخصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

الإقرار بالأبوه . شرطه . أن يكون المقر له مجهول النسب . الشخص مجهول النسب فى الفقه الحنفى . بيانه . قيد اللقيط بدفاتر الملجأ باسم ولقب معين . لا يفيد أنه معلوم النسب . علة ذلك .

(الطعنان١٨٧ ، ١٨٨لسنة ٦٠ق «احوال شخصية» جلسة ٢٦ / ٤ / ١٩٩٤)

ثبوت نسب المطعون ضدها الأولى لوالدها المطعون ضده الثانى بحكم قضائى إستنادا الى إقراره . أثره . تقرير مركز قانونى لها يتحدد به وضعها فى المجتمع وحالتها فيه . مقتضى ذلك . للحكم حجية مطلقه قبل الكافة .

(الطعن١١٩ لسنة ٦٠ق«احوال شخصية» جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٤ لم ينشر بعد)

النسب وثبوته فى جانب الرجل بالفراش والإقرار والبينة . يكفى فى البينة أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى.

(الطعن٢٢ لسنة٦١ق«احوال شخصية» جلسة٢٧ / ٩ / ١٩٩٤لم ينشر بعد)

النسب شرعا كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار أو البينة . جواز ثبوت النسب بالفراش والإقرار المؤيد له . علة ذلك .

(الطعن٢٥ لسنة٦٢ق«احوال شخصية» جلسة٢٧ / ١١ / ١٩٩٥لم ينشر بعد)

الإقرار بالنسب . مؤداه . إعتراف المقر ببنوة الولد وأنه تخلق من مائه شرطه . ان يكون الولد مجهول النسب وإمكانية ولادته لمثل المقر ان كان مميزا . أثره . عدم إحتمال النفى ولا ينفك بحال . سواء كان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا ، بمجلس القضاء أو غيره لأن النفى يكون إنكارا بعد الإقرار فلا يسمع .

(الطعن ٢٥ لسنة ٦٢ ق «احوال شخصية» جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٩٥ لم ينشر بعد)

الأصل الفقهى . الا ينسب لساكت قول . الإستثناء ، إعتبار السكوت بمثابة الإقرار . سكوت الزوج عن نسبة الحمل الحاصل قبل الزواج لأقل من ستة أشهر لايعد اقرارا .

(الطعن ١٦٩ لسنة ٦٢ ق «احوال شخصية» جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

الباب العاشر

الدفع ببطلان إجراءات التحكيم

يجرى نصوص المواد من ٧ : ١١ من القانون على النحو التالى:

ماده ٧ :[١]

« يشترط فى الحكمين ان يكونا عدلين من أهل الزوجين ان امكن والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدره على الاصلاح بينهما ».

وهذه المادة مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وهى مطابقة تماما للنص القديم المعدل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والمقضى بعدم دستوريته.

ولقد شرع الله سبحانه وتعالى التحكيم بين الزوجين عند خوف الشقاق بينهما فقال الله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا » وتحكيم الحكمين هو الدرجة الثانية من الصلح الذى سوغه الله سبحانه وتعالى بل أوجبه فى قوله فى آية « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الا نفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فان الله كان بما تعملون خبيرا ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وان تصلحوا وتتقوا فان الله كان غفورا حليما وان يتفرقا يغنى الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما ».

---

(١) مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمنشور بالجريدة الرسمية فى العدد ٢٧ « تابع» فى ١٩٨٥/٧/٤ .

فمن مجموع هذه الآيات يتبين انه عندما ينجم بوادر الخلاف ويخاف كل واحد من الزوجين ان يستحكم الشقاق بحيث يكون كل واحد منهما . في شق يجب ان يسلك في أمرهما ثلاث مراتب أولاها ان يتوليا علاج أنفسهما فيصلح كل واحد منهما من حال نفسه ليتفق بالعشرة مع صاحبه فتنزل المرأة في رغبات زوجها ان كانت عادلة والمرتبة الثانية ان عجز الزوجان عن اصلاح أنفسهما ، وعلاج نوازع الشح النفسي وهذه المرتبة هي مرتبة التحكيم وذلك اذا ما تفاقم بين الزوجين الخلاف والمرتبة الثالثة مرحلة التفريق بعد ان ثبت ان الحياة الزوجية لا تصلح بينهما وذلك قول الله تعالى ﴿ وأن يتفرقا يغني الله كلا من سعته ﴾ .

هذا فقه القرآن الكريم عند خوف النشوز بين الزوجين أو الشقاق وقد اتفق الفقهاء على ان تحكيم الحكمين أمر سائغ بل اتفقوا على أمر واجب ومطلوب ونصت المادة السابعة من القانون سالف الذكر البيان على انه يشترط في الحكمين ان يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن والعدلين مفردة عدل وهو من العدالة ومعنى العدالة في اللغة الاستقامة وأحسن ما قيل في العدل اصطلاحا ما روى عن أبي يوسف العدل هو ان لا يتأتى بكبير ولايصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطأه ومروءته ظاهرة وبلغه عصرنا الحاضر ان يكون الحكمان رجلين مستقيمين من ذوي السمعة الحسنة وهذا الأمر يدعونا الى بيان مهمة الحكمين وشروط صلاحيتهم .

ولقد جاء بالمذكرة الايضاحية : (١)

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها في الحكمين وأن يشمل قرار بعثهما على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على الا تجاوز المدة ستة

---

(١) راجع ملحق مضبطة الجلسة السادسة والتسعين جلسة ١٩٨٥/٧/٣٠ منشور بملحق المضبطة المؤقتة .

أشهر وعلى المحكمة اخطار الحكمين والخصوم بمنطوق قرارها وتحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ويجوز للمحكمة ان تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر .

والأصل فى بعث الحكمين قول الله سبحانه « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » فان هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين .

ولا يغيب عن البال ان الأحكام المبينة فى المواد من ٧ - ١١ من هذا الاقتراح بمشروع تطبق فى الحالة المبينة فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٢٩ وفى المادة السادسة مكرراً بهذا الاقتراح ، ذلك أنه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم فى التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل فى الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر، بل ان تلك الأحكام كانت لا تنتهى بالنزاع الى نتيجة حاسمة وقد تفادى هذا فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الارجاء ومنع عرقلة الحكمين ثم يبين فى المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الاصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية .

شروط صلاحية الحكمين :

وفقاً لصريح نص المادة السابعة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فلابد أن يتوافر فى الحكمين الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكونا عدلين .

الشرط الثانى : أن يكونا من أهل الزوجين أن أمكن ذلك.

الشرط الثالث : أن يكون اختيارهما من القاضى .

الشرط الأول : فلابد أن يكون الحكمين عدلين:

والعدلين مفرده عدل وهو من العدالة ومعنى العدالة فى اللغة الإستقامة ويشير المستشار الدجوى[1] أن أحسن ما قيل فى تعريف العدل اصطلاحاً ما روى عن أبي يوسف : العدل هو من لا يأتي بكبيرة ولايصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة . وبلغة عصرنا الحاضر ان يكون الحكمان رجلين مستقيمين من ذوى السمعة الحسنة وذلك حسب الظاهر إذ السرائر لا يعلمها إلا علام الغيوب .

واستقر قضاء النقض على ان :

نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل على انه يشترط فى الحكمين ان يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين ان أمكن فان لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح وازالة الخلاف بينهما . ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها انه اذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع الى مآخذه ، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه اذا لم يكن فى الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما ، فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين ، مما مؤداه انه لا يشترط ان يكون للحكمين المنتدبين من غير دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ويكفي ان يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين ، لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الأوراق ان محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما ، غير ان حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة فقضت المحكمة بندب آخرين أجنبيين ، وكان لم يوجه أى مطعن الى عدالتهما ، فان الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع الاسلامى.

---

(١) راجع الأحوال الشخصية للمسلمين للمستشار محمد الدجوى ص ٢٧٤ .

والمقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وانه اذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم امضاؤه دون تعقيب .

(الطعن ١٣ لسنة ٤٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١١٠٨)

كما وأن اختيار الحكمين وحده فى دعوى تطليق الضرر ليس كافيا لاثبات التفريق بين الزوجين لأن القانون أضاف اليه اعمالا كثيرة وليس كافيا لاحتمال ان يأتى الحكمان المهمة أو يفشلا فيها :

إختيار الحكمين فى دعوى التطليق للضرر . شرطه . أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن . عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة . أثره . للمحكمة تعيين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

(الطعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق - جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٩ س ٤٠ ص ٥١٧)

مدى جواز ان يكون الحكمان من النساء :

استقر قضاء النقض على أن ذكورة الحكام. شرط لولايتهم. علة ذلك. بعث المحكمة حكاما من بينهم امرأة. أثره. بطلان التقرير المقدم منهم. استناد الحكم الى هذا التقرير. مؤداه. بطلان الحكم.

لما كانت قواعد التحكيم الواردة فى المواد من ٧ الى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤

لسنة ١٩٧٩ أو بعد هذا التعديل - قد أخذت من مذهب الامام مالك فانه يجب الرجوع الى هذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما لم يرد به نص صريح فى المواد المشار اليها ، واذ كان هذا المذهب يشترط الذكورة فى الحكام على اعتبار ان طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط ان لم يرد له نص صريح فى المادة السابعة بعد تعديلها بالقرار بالقانون المشار اليه . لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكاماً الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام الحكم المطعون فيه اذ اتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلا .

(الطعن ١٣ لسنة ٥٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ١١ / ٣ / ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٣١٦)

وحيث ان هذا النعى صحيح ذلك أنه لما كانت قواعد التحكيم الواردة فى المواد من ٧ الى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - سواء قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أو بعد هذا التعديل - قد أخذت من مذهب الامام مالك فإنه يجب الرجوع الى هذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما لم يرد به نص صريح فى المواد المشار اليها واذ كان هذا المذهب يشترط الذكورة فى الحكام على إعتبار أن طريقتهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وان لم يرد به نص صريح فى المادة السابقة بعد تعديلها بالقانون سالف الذكر ، لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكاماً فى الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم منهم .

(الطعن ٩٨ لسنة ٦٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧ / ٧ / ١٩٩٣ لم ينشر بعد)

الشرط الثانى : أن يكونا الحكمان من أهل الزوجين :

يشترط فى الحكمين وجوباً أن يكونا من أهل الزوجين أن أمكن ذلك. لأن الأهل أعرف ببواطن الأمور وأقرب الى الاصلاح من غيرهم . ولأن النفس تسكن اليهما فيبرزان لهما ما هو مكنون فى نفسيهما من حب أو بغض ومن ارادة البقاء أو ارادة الفراق . ولا يجوز بعث أجنبيين مع الامكان وبهذا قال المالكية [١] وقال جمهور الفقهاء [٢] الأولى ان يكون الحكمان من أهل الزوجين لأنهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطا فى الحكم ولا الوكالة .

واستقر القضاء على أن:

اختيار الحكمين فى دعوى التطليق للضرر . شرطه . ان يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين ان أمكن . عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة . أثره. للمحكمة تعيين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

(الطعن ٤ لسنة ٥٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٩ س ٤٠ ص ٥١٩)

الشرط الثالث: أن يكون اختيار الحكمين من القاضى:

فلابد أن يكون اختيار الحكمين بمعرفة القاضى وهذا ما يوضحه صريح نص المادة السادسة (بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨، ٩ ، ١٠ ، ١١) .

---

(١) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٤ والخرشى جـ ٤ ص ٨ .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢٣ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٨٥ .

مادة ٨ : (١)

(أ) « يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بان يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة ان تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين » .

هذا النص مطابق تماما لصياغة النص الوارد فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وهو مستحدث ولم يكن له ما يقابله فى القوانين السابقة وقد أوجب على المحكمة ان يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم وحدد النص مدة ستة أشهر كحد أقصى لمأمورية الحكمين وواجب على المحكمة ان تحلف كلا منهم اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة وفهم ومسألة حلف اليمين الواردة بتلك المادة يكون فى ضوء خصوص قانون الاثبات فقد نصت المادة ١٣٩ من قانون الاثبات على ايجاب ان يحلف الخبير يمينا بأن يؤدى عمله بصدق وامانة .

وقد رتب المشرع على عدم حلف اليمين بطلان اعمال الخبير وهذا البطلان يقوم على اعتبارات تتعلق بالعدالة وهناك رأى فى الفقه يقول أنه يجوز ان تقضى المحكمة به من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به أحد أمامها (٢) ويفهم هذا النص فى ضوء من ذلك . وعلى هديه .

---

(١) هذا النص مستبدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(٢) راجع المستشار محمد عبد اللطيف فى قانون الاثبات الطبعة الأولى ص ٣٧٠ .

مادة ٩ : [1]

« لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره .

وعلى الحكمين ان يتعرفا اسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة ».

هذه المادة مطابقة تماما للمادة الواردة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وقد أوضح المشرع فى هذه المادة انه متى تم اخطار الزوجين بمجلس التحكيم فان امتناع احدهما أو غيابه لا يؤثر فى سير عمل الحكمين كما وان المشرع قد أوضح على ان الحكمين ان يبذلا جهودهم للتعرف على أسباب الشقاق والاصلاح بين الزوجين قدر المستطاع وتراجع الأحكام السابق الاشارة اليها آنفا بشأن التحكيم .

مادة ١٠ : [2]

اذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ - واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ - واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة .

(١، ٢) مستبدلتان بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

٤ - وان جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل .

وهذه المادة تقترب فى صياغتها من المادة الواردة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وقد كان يجرى نصها اذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتب على الزواج والطلاق .

٢ - واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ - واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة .

٤ - وان جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل .

وهى وان اتفقت معها فى ذات المضمون الا انها ادق فى الصياغة من المادة السابقة .

وقد تضمنت هذه المادة الحلول المتصورة وذلك بحسب الاساءة الواقعة من كلا الزوجين وذلك فى حالة عجز الحكمان عن الاصلاح .

١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢ - واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب بقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ - واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة .

٤ - وان جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل .

واستقر قضاء النقض على :

مناط اتخاذ اجراءات التحكيم فى دعوى الطلاق . المواد ٧ - ١١ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . أن تكون دعوى التطليق دعوى ثانية سبقتها دعوى أولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة فى الدعويين الضرر المدعى به .

(الطعن ١٣ لسنة ٤٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١١٠٨)

عمل الحكمين فى دعوى التطليق للضرر . ماهيته. إقتراحهما التفريق بين الزوجين لجهلهما بالحال وعدم معرفة المسيئ منهما مع حرمان الزوجة من جميع حقوقها الزوجية إتخاذ الحكم من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتطليق . لا عيب .

(الطعن ٤ لسنة ٥٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٩ س ٤٠ ص ٥١٧)

التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع اسقاط كل أو بعض حقوقها المالية مجال اعماله . دعوى التطليق التى تتخذ فيها اجراءات التحكيم .

(الطعن ٣ لسنة ٥٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٩ / ٥ / ١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٤٨٠)

مادة ١١ : [1]

« على الحكمين ان يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها ، فان لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدره على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) واذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات . وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض » .

وهذا النص مطابق للنص الوارد فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريتة وقد أوجب المشرع على الحكمين ان يرفعا تقريرهما مشتملا على الأسباب التى بنى عليها ومن ثم تسبيب التقرير يجعله تحت بصر وسمع المحكمة تخضع لرقابتها .

بعث حكم ثالث:

ان بعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فان القران الكريم لم ينهى عنه فقد صار مع هذا الزمان أمرا ضروريا كوسيلة لاظهار الحق والحقيقة ورفع الضرر ومنعا من اطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين .

(١) هذه المادة مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

شروط الحكم الثالث :

١ - ان يكـــون لـــه خـــبرة بالحـــال

٢ - ان تكون له القدرة على الاصلاح .

٣ - ان يحلف اليمين سالف الاشارة اليها على التفصيل السابق بشأن المادة الثامنة .

اذا اختلف الحكام ولم يقدموا التقرير المطلوب فى الموعد المضروب لهم سارت المحكمة فى الاثبات .

المقصود بالاثبات :

اختلفت كلمة الفقهاء على تحديد كلمة الاثبات فذهب فريق منهم ابن القيم الى اجازة الأخذ بأى دليل يؤيد الدعوى [1] .

وذهب فريق آخر من الفقهاء الى حصر أدوات الاثبات فى طريق معينة ففى حاشية رد المختار لابن عابدين أما البينة أو اليمين وان النكول عنه والاثبات بايجاز اقامة الدليل على أمر من الأمور أو واقعة من الواقعات وكلمة الدليل مرادفه لكلمة الحجة والبرهان أو البينه بمعناها العام اللغوى وتطلق كلمة الدليل فى عبارات علماء أصول الفقه على دليل الحكم فيقولون ان القرآن دليل والسنة دليل والعرب دليل والقياس دليل وهم يعنون بهذا ان القرآن مصدر للأحكام وكذلك باقى الأدلة الشرعية وثمة فرق بين هذا المعنى وما يقصد بكلمة الدليل من حجة صحة المدعى به من الواقعات أو نفيها .

الهدف من الاثبات اقناع القاضى أو الحكم بصحة الدعوى ووجود الحق المدعى به قبل المدعى عليه حتى يقضى له به اذ الحق الذى لها دليل عليه هو والعدل سواء .

---

(١) موسوعة الفقه الاسلامى الشيخ محمد أبو زهرة جـ ٢ ص ٢٤٩ .

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية بشأن هذه المادة :

وتفاديا لاطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو تعيين برأى الأكثرية وعند اختلافها فى الرأى أو عدم تقديم التقرير فى الميعاد تسير المحكمة في الاثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة ١١ .

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصل من أصول الشريعة فان القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار فى هذا الزمان أمرا ضروريا كوسيلة لاظهار الحق ورفع الضرر على ان من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٥ ص ١٦١ وما بعدها) .

واذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض .

وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الامام مالك اما نصا واما مخرجة على نصوصه .

واستقر القضاء على :

وجوب إتخاذ إجراءات التحكيم فيه إذا عجزت المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين لاستحكام الخلاف بينهما . إتفاق الحكمين على التطليق . مؤداه. وجوب القضاء بما قرراه دون معارضه أو مناقضه . مخالفة ذلك . خطأ .

(الطعن٧٧س٥٦ق«أحوال شخصية» جلسة٢٩ / ١١ / ١٩٨٨س٣٩ص١٢٦٠)

الدفع ببطلان إجراءات التحكيم :

إن مخالفة إجراءات التحكيم تؤدى الى بطلانها ومن ذلك:

أ - الدفع بعدم عدل الحكمين :

إن المشرع قد إشترط فى الحكمين شروطاً هامه إذا تخلف شرط الذكورة أو شرط العدول فإنه يمكن الطعن فى الحكمين بعدم العدل .

وقد إستقر القضاء على أنه :

مثول الزوجين بشخصهما امام المحكمة فى دعوى التطليق. غير واجب. ثبوت عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين. يكفى فيه حضور الوكيلين المفوضين بالصلح عنهما ورفض احدهما للصلح .

المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين، وجاءت خلوا من وجوب مثول الزوجين بشخصهما امام المحكمة، واذ كان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة اول ابريل سنة ١٩٧٠ امام محكمة اول درجة ان كلا من الطاعن والمطعون عليه قد اناب عنه وكيلا مفوضا بالصلح وان وكيل المطعون عليها رفضه على حين قبله وكيل الطاعن، فان ذلك يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

(الطعن١٨لسنة٤١ق "احوال شخصية"جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٧٥س٢٦ ص٣٧٨)

مناط اتخاذ اجراءات التحكيم فى دعوى الطلاق. المواد ٧ ـ ١١ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ان تكون دعوى التطليق دعوى ثانية سبقتها دعوى اولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة فى الدعويين الضرر المدعى به .

نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض احكام الاحوال الشخصية يدل على ان المشرع رأى ان الزوجة اذا ادعت على زوجها اضراره بها بأى نوع من انواع الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما ومن هما فى طبقتهما وطلبت من القاضى تطليقها منه، وثبت الضرر الذى ادعته ولم يفلح القاضى فى التوفيق بينهما طلقها منه، وان عجزت الزوجة عن اثبات الضرر رفض مدعاها، فاذا جاءت مكررة شكواها طالبة التطليق للاضرار ولم يثبت للمرة الثانية ما تشكو منه كان على القاضى ان يعين الحكمين بمعنى ان مناط اتخاذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من ٧ ـ ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ان تكون الدعوى المقامة للتطليق هى دعوى ثانية سبقتها دعوى اولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة فى الدعويين هذا الضرر المدعى .

(الطعن ١٣ لسنة ٤٢ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١١٠٨)

اختيار المحكمة للحكمين فى دعوى التطليق للضرر. مناطه وشروطه .

نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل على انه يشترط فى الحكمين ان يكونا عدلين رشيدين من اهل الزوجين ان امكن فان لم يوجد من اقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى اجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح وازالة الخلاف بينهما. ولما كان من الاصول الفقهية المتواضع عليها انه اذا اطلق النص فى التشريع وجب الرجوع الى مأخذه، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا

النص انه اذا لم يكن فى الاهل احد يوصف بما يستحق به التحكيم او كان الزوجان ممن لا اهل لهما، فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين، مما مؤداه انه لا يشترط ان يكون للحكمين المنتدبين من غير دائرة الاقارب اتصال شخصي بالزوجين قريبين منهما مطلعين على احوالهما ويكفى ان يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين. لما كان ذلك. وكان البين من الاطلاع على الاوراق ان محكمة اول درجة عينت فى البداية حكمين من اهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير ان حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة فقضت المحكمة بندب آخرين اجنبيين، وكان لم يوجه اى مطعن الى عدالتهما ،فان الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع الاسلامي.

(الطعن ١٣ لسنة ٤٢ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١١٠٨)

الحكمان فى دعوى التطليق للضرر. طريقهما الحكم لا الشهادة او الوكالة. اتفاقهما فى الرأى. وجوب امضاء الحاكم له دون تعقيب .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وانه اذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم امضاؤه دون تعقيب .

(الطعن ١٣ لسنة ٤٢ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١١٠٨)

مهمة الحكمين فى دعوى التطليق للضرر. بيانها. الاساءة من الزوجة دون الزوج لا تؤدى للتفريق بينهما. اتفاق الحكمين على رأى معين. وجوب تنفيذ القاضى لما قرراه ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه .

(الطعن ١٧ لسنة ٤٢ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٤٩٩)

خلو تقرير الحكمين من نسبة اساءة ما الى الزوج. تقريرهما بأنهما فشلا فى اقناع الزوجة بالعدول عن طلب الطلاق واجتماع رأيهما على ان الاساءة من جانبها. عدم اعتباره مجهلا للحال. رفض الدعوى بالتطليق فى هذه الحالة. لا خطأ.

متى كان ما قرره الحكم يتفق ومنطق تقرير الحكمين الذى لم ينسبا فيه اساءة ما الى الزوج المطعون عليه فى ذات الوقت الذى قررا فيه فشلهما فى اقناع الطاعنة فى الاستجابة لطلبهما العدول عن اصرارها على فك عروة الزوجية رعاية لا بنائهما، وبهذه المثابة فلا يكون ما خلص اليه الحكمان مجهلا للحال لان رأيهما قد اجتمع على التعرف على المسئ من الزوجين وأنه من الطاعنة دون المطعون عليه، وكانت الاساءة من الزوجة وحدها لا تبرر التفريق، فان قضاء الحكم برفض الدعوى لا مخالفة فيه للقانون.

(الطعن ١٧ لسنة ٤٢ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٤٩٩)

التحكيم فى دعوى التطليق للضرر. شرطه. رفض دعوى الزوجة بطلب التفريق ثم تكرار شكواها وعدم اثبات ما تشكو منه.

مفاد المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ان التحكيم فى دعوى التطليق للضرر لا يكون الا عندما تكرر الزوجة شكواها طالبة التطليق ولم تثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى بطلب التفريق.

(الطعن ٣ لسنة ٥٣ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٩ / ٥ / ١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٤٨٠)

التحكيم فى دعوى التطليق للضرر. شرطه. ان يتكرر عن الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الاول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه.

(الطعنان رقما ٨٢، ٨٣ لسنة ٥٤ ق "احوال شخصية" - جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٨٧)

التحكيم فى دعوى التطليق للضرر. شرطه . رفض دعوى الزوجة بطلب التفريق ثم تكرار شكواها وعدم اثبات ما تشكو منه عجز المحكمين عن الاصلاح بين الزوجين واختلافهما فيما يقترحانه من طرق لانهاء النزاع. مؤداه. وجوب بعث حكم ثالث للاشتراك معهما فى الاصلاح واعمال التحكيم مخالفة ذلك. خطأ فى القانون .

(الطعن ٥٠ لسنة ٥٤ق "احوال شخصية" ـ جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٨٧ لم ينشر بعد)

التحكيم فى دعوى التطليق للضرر. شرطه. ان يتكرر من الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الاول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه. م ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

(الطعن ٤٤ سنة ٥٧ق "احوال شخصية"جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٨٨ لم ينشر بعد)

(الطعن ٥٨ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية"جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

(الطعن ٤ لسنة ٥٨ق "احوال شخصية" جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

طلب الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة وجوب اتخاذ اجراءات التحكيم فيه اذا عجزت المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين لاستحكام الخلاف بينهما. اتفاق الحكمين على التطليق. مؤداه. وجوب القضاء بما قرراه دون معارضة او مناقضة. مخالفة ذلك . خطأ .

(الطعن ٧٧ لسنة ٥٦ق "احوال شخصية"جلسة ٢٩ / ١١ / ١٩٨٨ س ٣٩ ص ١٢٦٠)

وجوب الالتجاء الى التحكيم قبل التطليق للضرر. شرطه. ان يتكرر من الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الاول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(الطعن ٣٨ لسنة ٥٦ق "احوال شخصية"جلسة ٢٠ / ١٢ / ١٩٨٨ لم ينشر بعد)

(والطعن ١١٧ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية"جلسة ٢٠ / ٦ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

الحكم بالتطليق طبقا للمادة السادسة من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مناطه . ان يعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين مع توافر شروط الضرر . خلو صفحات جلسات محكمة أول وثانى درجة من اثبات أية محاولة للاصلاح بين الزوجين قد بذلت وانهما أو وكالتهما المصرح لهما بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات . تضمين الحكم المطعون فيه رغم ذلك عجز المحكمة عن الاصلاح بينهما . لا سند له من الأوراق . قضاؤه بالتطليق رغم تخلف هذا الشرط . مخالفة للقانون .

(الطعن ٥٩ لسنة ٥٧ق "احوال شخصية"جلسة ٢٤ / ٥ / ١٩٨٨س٣٩ص٩٧٣)

التطليق اعمالا لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين – لم يرسم القانون طريق معينا لمحاولة الاصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند إتخاذ هذا الاجراء عرض الصلح على وكيل المطعون عليها ورفضه كاف لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

(الطعن٢٣لسنة٥٧ق "احوال شخصية"جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٨س٣٩ص١٠٧٧)

اختيار الحكمين فى دعوى التطليق للضرر. شرطه. ان يكونا عدلين رشيدين من اهل الزوجين ان امكن. عدم وجود من يصلح من اقاربهما لهذه المهمة. اثره. للمحكمة تعيين اجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

(الطعن رقم٤ لسنة٥٨ق "احوال شخصية"جلسة٢١ / ٢ / ١٩٨٩س٤٠ص٥١٧)

عمل الحكمين فى دعوى التطليق للضرر. ماهيته. اقتراحهما التفريق بين الزوجين لجهلهما بالحال وعدم معرفة المسيئ منهما مع حرمان الزوجة من جميع حقوقها الزوجية. اتخاذ الحكم من هذا التقرير سندا لقضائه بالتطليق. لا عيب .

(الطعن رقم٤ لسنة٥٨ق "احوال شخصية"جلسة٢١ / ٢ / ١٩٨٩س٤٠ص٥١٧)

التزام اجراءات التحكيم. شرطه. ان تطلب الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوى زوجها لها العودة الى منزل الزوجية .

الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فانه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون ويكون النعى على غير اساس .

(الطعن ١١٨ لسنة ٥٦ ق "احوال شخصية" جلسة ١٧ / ١ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

(الطعن ٧ لسنة ٥٣ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

الحكم بالتطليق للضرر طبقا للمادة ٦ من المرسوم بق ٢٥ / ١٩٢٩ . شرطه. ان يكون الضرر والاذى واقعا من الزوج دون الزوجة. استناد المحكمة الى تقرير الحكمين فى غير الحالات التى يتعين فيها الحكم بمقتضاه رغم خلوه من الدليل على قيام هذا الشرط. خطأ وقصور .

(الطعن ١٣١ لسنة ٥٧ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٠ / ٦ / ١٩٨٩ لم ينشر بعد)

وجوب الالتجاء الى التحكيم فى النزاع بين الزوجين. شرطه . ان يتكرر من الزوجة طلب التطليق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الاول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٨ ق "احوال شخصية" جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

اختيار الحكمين. شرطه. ان يكونا عدلين من اهل الزوجين ان امكن. عدم وجود من يصلح من اقاربهما لهذه المهمة. اثره. للقاضى تعيين اجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

(الطعن ٢١ لسنة ٥٨ ق "احوال شخصية" ـ جلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

عمل الحكمين. ماهيته .

(الطعن ٢١ لسنة ٥٨ ق "احوال شخصية" ـ جلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

التحكيم فى دعوى التطليق. شرطه ان يتكرر من الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الاول مع عجزها عن اثبات ماتتضرر منه. م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(الطعن٧٨ لسنة ٥٨ق "احوال شخصية" ـ جلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٩٠ لم ينشر بعد)

وجوب الالتجاء الى التحكيم فى دعوى التطليق للضرر. شرطه. أن يتكرر من الزوجة طلب التطليق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه. م٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(الطعن٧٩ لسنة ٥٨ق "احوال شخصية"جلسة ١٣ / ١١ / ١٩٩٠لم ينشر بعد)

بعث حكمين. شرطه. تكرار شكوى الزوجة بطلب التطليق وعدم ثبوت الضرر فى الدعوى الثانيه. اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالتطليق على ما خلص اليه من هجر الطاعن للمطعون ضدها. النعىُ عليه بعدم اتخاذ اجراءات التحكيم. لا أساس له.

(الطعن ٨٥ لسنة ٥٨ق "احوال شخصية"جلسة ١٥ / ١ / ١٩٩١لم ينشر بعد)

وجوب الالتجاء الى التحكيم قبل التطليق للضرر. شرطه. أن يتكرر من الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه. م ٦ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(الطعن١٤٣ لسنة ٥٩ق "احوال شخصية"جلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٩٢)

(الطعن ٨٦ لسنة ٦٠ ق "احوال شخصية"جلسة ١٥ / ٦ / ١٩٩٣)

إتخاذ إجراءات التحكيم فى دعوى التطليق. شرطه أن يتكرر من الزوجه طلب التطليق لإضرار الزوج بها بعد رفض دعواها الأولي مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه، أو طلبها بالتطليق من خلال اعتراضها على دعوة

زوجها لها للعودة لمنزل الزوجيه وثبوت ان الخلف مستحكم بينهما. م ٦ ، ١١ مكرر ثانيا من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(الطعن ١٨٤لسنة ٦٢ق "احوال شخصية"جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

طلب الزوجه التطليق من خلال دعواها بالإعتراض على انذار الطاعه . وجوب اتخاذ اجراءات التحكيم فيه . إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين لإستحكام الخلاف بينهما . إتفاق الحكمين على التطليق . أثره . نفاذ قرارهما فى حق الزوجين والتزام القاضى به . علة ذلك .

(الطعن ٢٢٥لسنة ٦٢ق "احوال شخصية"جلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٩٦ لم ينشر بعد)

ب - الدفع بعدم حلف الحكمين اليمين :

وفقا لصريح نص المادة الثامنة سالفة البيان فإنه يتعين على الحكمين أن يحلفا اليمين قبل أداء مأموريتهما فإذا ثبت أن أحدهما لم يحلف اليمين أو أن كلاهما لم يحلفا اليمين فيترتب على ذلك بطلان عملهما .

ملحق يبعض القرارات المتعلقة
بقوانين الأحوال الشخصية
والكتب الدورية

قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ [١]

بشأن أوضاع واجراءات اعلان وتسليم اشهاد الطلاق الى المطلقة واخطار الزوجة بالزواج الجديد تنفيذا للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية

وزير العدل :

بعد الاطلاع على المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

وعلى المادة ٣٨١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها .

وعلى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية .

وعلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

وعلى لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٤ يناير سنة ١٩٥٥ .

وعلى لائحة الموثقين المنتدبين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٥ .

---

(١) نشر فى الوقائع المصرية - العدد ١٧٣ فى ١٩٨٥/٧/٢٩ .

قرار

مادة ١ - على الموثق المختص بتوثيق اشهاد الطلاق ان يثبت فيه بيانا واضحا عن محل اقامة المطلقة . ويكون اثبات هذا البيان بارشادها في حالة حضورها توثيق الاشهاد وبارشاد المطلق في حالة عدم حضورها .

ويجب على الموثق المختص في جميع الأحوال اثبات محل اقامة المطلق في اشهاد الطلاق .

مادة ٢ - يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق اشهاد الطلاق اعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك في حالة عدم حضورها توثيق اشهاده .

مادة ٣ - يجب ان يتضمن الاعلان المشار اليه في المادة السابقة البيانات الآتية :

١ - تاريخ وقوع الطلاق .

٢ - اسم الموثق الذى وثق اشهاد الطلاق ومقر عمله .

٣ - رقم اشهاد الطلاق .

٤ - بيان الطلاق الذى تضمنه الاشهاد .

٥ - اخطار المطلقة باستلام نسخة اشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاعلان .

مادة ٤ - فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والاجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الاعلان بوقوع الطلاق .

مادة ٥ - على الموثق تسليم المطلقة أو من تنيبه عنها نسخة اشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ ايصال بذلك يرفق بأصل الاشهاد فاذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الاشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة الى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ التوثيق بمقتضى ايصال يفيد ذلك وعلى المحكمة فى هذه الحالة ارسالها الى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول ان كانت تقيم فى مصر أو بواسطة وزارة الخارجية ان كانت تقيم فى الخارج .

مادة ٦ - على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ اشهادات الطلاق التى تسلم اليه فور استلامها فى سجل خاص يبين فيه رقم الاشهاد وتاريخ واسم الموثق واسمى المطلق والمطلقة ومحل اقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالاشهاد وتاريخ استلامه نسخة الاشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه ارسالها فى اليوم التالى لاستلامها الى المطلقة وفقا لأحكام المادة السابقة مع اثبات تاريخ ورقم الارسال فى السجل المشار اليه ، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة الى المطلقة .

مادة ٧ - اذا اعيدت نسخة الاشهاد الخاصة بالمطلقة الى المحكمة بعد ارسالها اليها لتعذر تسليمها ، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها فى ملف خاص والتأشير بذلك فى السجل المشار اليه فى المادة السابقة .

مادة ٨ - على الموثق المختص بتوثيق وثيقة الزواج ان يثبت فى الوثيقة بيانا واضحا عن حالة الزوج الاجتماعية فاذا كان متزوجا فيجب ان يتضمن هذا البيان اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج ومحال اقامتهن ويثبت هذا البيان من واقع اقرار الزوج .

مادة ٩ - على الموثق اخطار الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج بالزواج الجديد خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول ان كانت الزوجة تقيم فى مصر أو بالطريق الذى رسمه قانون المرافعات المدنية والتجارية ان كانت تقيد فى الخارج .

مادة ١٠ - يلغى قرار وزير العدل رقم ٢٤٤٥ لسنة ١٩٧٩ كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القرار .

مادة ١١ - ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية .

صدر فى ١٧/٧/١٩٨٥

وزير العدل

المستشار / أحمد ممدوح عطية

كتاب دورى رقم (٥) لسنة ١٩٦٥
(أحوال شخصية - نفس)

السيد / مدير عام ادارة النيابات .

بالاشارة الى كتابكم رقم ٢٧ - ٩/٧ المؤرخ فى ١٩٦٤/١١/٢٩ بشأن الرسوم المستحقة على صور وثائق الزواج وشهادات الطلاق التى يطلبها أصحاب الشأن والذى تتلخص وقائعه فى أن رأى أقلام كتاب نيابات الأحوال الشخصية انقسم الى فريقين حول تفسير الفقرة الرابعة من المادة ٣١ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم أمام المحاكم الشرعية المعدل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٤ فيذهب الفريق الأول الى تفسير الرسم الخاص بالصور المستخرجة من وثائق الزواج وشهادات الطلاق لأصحاب الشأن على أنها فى أمور الزوجية ورسمها ٥٠ مليما مستندا فى ذلك على ان نص الفقرة المذكورة شامل لما نص عليه فى الفقرة الأولى والثانية اذا كانت الصورة لصاحب الشأن .

ويذهب الفريق الثانى الى ان هذه الصور من السجلات المنصوص عليها فى الفقرة الأولى والتى خفض رسمها من ٢٠٠ مليم الى ١٠٠ مليم مستندا فى ذلك لما نص عليه فى المذكرة التفسيرية للقانون ٦٧ لسنة ١٩٦٤ من أن المادة ٣١ خفضت رسوم الصور من السجلات والاشهادات وغيرها من ٢٠ قرشا الى ١٠ قروش ورسوم الأوراق القضائية من ١٠ الى ٥ قروش فى المحاكم الجزئية ومن ٢٠ قرشا الى ١٥ قرشا فى المحاكم الابتدائية ولم تنص على تخفيض فى رسوم صور وثائق الزواج واشهادات الطلاق بالنسبة لأصحاب الشأن .

تطلبون ابداء الرأى فى هذا الخلاف .

وردا على ذلك نفيد ان المادة ٣١ المذكورة تنص على ان :

١ - يفرض على الصور التى تطلب من السجلات والاشهادات وغيرها رسم قدره عشرة قروش عن كل ورقة .

٢ - ويفرض على الصور التى تطلب من الأوراق القضائية رسم قدره خمسة قروش عن كل ورقة فى المحاكم الجزئية وخمسة عشر قرشا فى المحاكم الابتدائية وثلاثون قرشا فى محاكم الاستئناف ومحكمة النقض .

٣ - ورسم الملخصات كرسم الصور .

أما الصور والملخصات والشهادات وأمور الزوجية وما يتعلق بها ونفقات الأقارب فرسم كل منها خمسة قروش مهما كان عدد أوراقها ودرجة المحكمة التى تعطى فيها ومن . الواضح ان الفقرة الأولى من هذه المادة تعالج نطاقا خاصا وهو الصور من السجلات والاشهادات وغيرها اما بقية الفقرات من هذه المادة فتعالج موضوعا آخر وهو الخاص بالأوراق القضائية وقد تناولت الفقرة الثانية بيان الرسوم المستحقة على الصور التى تطلب من الأوراق القضائية وحددت الرسوم المستحقة على كل ورقة حسب الدرجات المختلفة للمحاكم أما الفقرة الثالثة فنصت على سريان نفس الأحكام على رسم الملخصات المتعلقة كذلك بالأوراق القضائية وجاءت الفقرة الرابعة موردة استثناء من أحكام الفقرة الثانية خاص بالصور والملخصات والشهادات فى أمور الزوجية وما يتعلق بها ونفقات الأقارب ففرضت رسما ثابتا أيا كان عدد أوراقها وأيا كانت درجة المحكمة التى تعطى فيها .

ومما يؤكد هذا النظر - أى ان الفقرة الرابعة تعتبر استثناء من أحكام الفقرة الثانية يتحدد بنطاقها - ان الفقرة الرابعة أشارت الى توحيد أحكام الفقرة الثانية يتحدد بنطاقها - ان الفقرة الرابعة أشارت الى توحيد الرسم أيا كانت درجة المحكمة التى تعطى فيها الصور والشهادات والملخصات مما يدل على أن الفقرة المذكورة خاصة بالأوراق القضائية كسابقتها الفقرتين

الثانية والثالثة ، هذا فضلا عما ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٤ من أن المادة ٣١ خفضت رسم صور السجلات والاشهادات وغيرها من ٢٠ الى ١٠ قروش .

ومما تجدر الاشارة اليه انه يغلب فى اعتقادنا - ان يكون مبعث اللبس الذى سبب انقسام الرأى على الوجه المتقدم ما وقع من خطأ مادى فى المادة ٣١ فقرة (٤) معدلة بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٤ اذ أوردت فيها عبارة. أما الصور والملخصات والشهادات وأمور الزوجية ..... فى حين انها كانت فى الفقرة ذاتها قبل تعديلها. اما الصور والملخصات والشهادات فى أمور الزوجية ولا شك ان التعديل الذى استحدث بالقانون رقم٦٧لسنة ١٩٦٤ ولم يقصد هذه المغايرة بل كل ما استهدفه هو تخفيض الرسوم ليس الا والا لأفصح عن ذلك وعن الغرض من التعديل فى المذكرة الايضاحية هذا علاوة على استعمال عبارة « وأمور الزوجية » بدلا من « أمور الزوجية » فى الفقرة الرابعة يجعلها عديمة المعنى متعذرة التطبيق .

لذلك نرى صحة الرأى الثانى الذى ذهبت اليه اقلام كتاب نيابات الأحوال الشخصية ومؤداه ان الصور المستخرجة من وثائق الزواج واشهادات الطلاق تعتبر من قبيل الصور التى تطلب من السجلات والاشهادات وغيرها مما يخضع للفقرة الأولى من المادة ٣١ وخفض رسمه من ٢٠٠ مليم الى ١٠٠ مليم .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ....

تحريرا فى ٢ / ١ / ١٩٦٥

مستشار الدولة

(امضاء)

نبلغكم صورة كتاب ادارة الفتوى والتشريع لوزارتى الخارجية والعلاقات الثقافية الخارجية والعدل بمجلس الدولة المؤرخ ٢ / ١ / ١٩٦٥ بشأن ان الصور المستخرجة من وثائق الزواج واشهادات الطلاق تعتبر من قبيل الصور التى تطلب من السجلات والاشهادات وغيرها مما يخضع للفقرة الأولى من المادة ٣١ من قانون الرسوم رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٤ - ورسمها ١٠٠ مليم بالنسبة لصاحب الشأن وغيره يضاف اليه ١٠٠ مليم بالنسبة لغير صاحب الشأن وذلك لاتباعه والعمل بموجبه .

القاهرة فى ١٩ / ١ / ١٩٦٥

عن النائب العام

قانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦
بشأن تنظيم اجراءات مباشرة دعوى الحسبه
فى مسائل الأحوال الشخصية

باسم الشعب
رئيس الجمهورية
قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه .

(المادة الأولى)

تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة وعلى من يطلب رفع الدعوى ان يتقدم ببلاغ الى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع طلبه والأسباب التى يستند اليها مشفوعة بالمستندات التى تؤيده .

وعلى النيابة العامة بعد سماع أقوال أطراف البلاغ وإجراء التحقيقات اللازمة أن تصدر قرارا برفع الدعوى أمام المحكمة الإبتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ.

ويصدر قرار النيابة العامة المشار اليه مسببا من محام عام ، وعليها اعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره .

(المادة الثانية)

للنائب العام الغاء القرار الصادر برفع الدعوى أو بالحفظ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، وله فى هذه الحالة ان يستكمل ما يراه من تحقيقات والتصرف فيها أما برفع الدعوى أمام المحكمة الإبتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ ، ويكون قراره فى هذا الشأن نهائياً .

(المادة الثالثة)

إذا قررت النيابة العامة رفع الدعوى على النحو المشار اليه فى المادتين السابقتين ، تكون النيابة العامة هى المدعية فيها ، ويكون لها ما للمدعى من حقوق وواجبات .

(المادة الرابعة)

لا يجوز لمقدم البلاغ التدخل فى الدعوى ، أو الطعن فى الحكم الصادر فيها .

(المادة الخامسة)

تنظر الدعوى فى أول جلسة بحضور ممثل النيابة العامة ولو لم يحضر المدعى عليه فيها .

(المادة السادسة)

تحيل المحاكم من تلقاء نفسها ودون رسوم ما يكون لديها من دعاوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة والتى لم يصدر فيها أى حكم الى النيابة العامة المختصة وفقا لأحكام هذا القانون ، وذلك-بالحالة التى تكون عليها الدعوى .

ويعلن قلم الكتاب أمر الإحالة الى ذوى الشأن .

(المادة السابعة)

يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون .

(المادة الثامنة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها.

(حسنى مبارك)

قائمة بأهم المراجع

قائمة بأهم المراجع

١ - المرافعـات المدنيـة . للدكتور/ أحمـد أبو الوفـا .

٢ - النظام القضائى الاسلامى . للدكتور/ أحمـد مليجى .

٣ - الوسيط فى القضاء المدنى . للدكتور/ فتحـى والـى .

٤ - الفـرقـه بين الزوجـين . للاستاذ/ علـى حسب الله .

٥ - الأحـوال الشخـصية . للمستشار/ محمـد الدجوى.

٦ - الأحـوال الشخـصية . للشيخ/محمـد أبو زهـره .

٧ - دراسـات فى الأحـوال الشخـصية . للدكتور/ محمـد بلتاجـى .

٨ - الأسرة وقانون الأحـوال الشخـصية . للدكتور/ عبد الناصر العطار.

٩ - موسـوعة الأحـوال الشخـصيـة . للدكتور/ عبـد العزيز عامر .

١٠ - الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية. للدكتور/ عبـد العزيز عامر .

١١ - القضـاء الجـزئى فى مسائل الأحوال الشخصـية للمسـلمين . للمستشار/ صـلاح زغـو .

١٢ - الطلاق فى الشريعة الاسـلامية . للدكتور/ أحمـد الغندور .

١٣ - أحكام الأسرة فى الاسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب . للدكتور/ أحمد فراج حسين.

١٤ - الأحـوال الشخـصيـة . للمستشار/أحمد نصر الجندى.

١٥ - إجـــراءات التقاضـــى .	للمستشار/أحمد نصر الجندى.
١٦ - مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية .	للمستشار/أحمد نصر الجندى.
١٧ - الأحـــوال الشخـــصية .	للدكتور/محمـــد محمـــود الطنطـــاوى .
١٨ - أصول المرافعات الشـرعيـــة .	للمستشار/ أنـــور العمروسى .
١٩ - موسوعة الأحوال الشخصية .	للدكتور/ عمـــر عبـــد الله .
٢٠ - نيـــل الأوطـــار .	للشيخ / محمـــد بن على الشـــوكـانى .
٢١ - االأحـــوال الشخـــصية .	للدكتور/ أحمـــد الحصرى .
٢٢ - الصـــيغ الشـــرعـــية .	للاستاذ/ كمـــال البنـــا .
٢٣ - الزواج والطلاق فى الاسلام .	للشيخ/ زكى الدين شـعبان .
٢٤ - الاحكـــام الشـــرعيـــة .	محمـــد قـــدرى باشـــا .
٢٥ - الأحـــوال الشخـــصية .	للدكتـــور/ البرديســـى .
٢٦ - الزواج والطلاق فى الاسلام .	للدكتور/ بـدران أبو العينين.
٢٧ - الأسرة وأحكامها فى الشريعة الاسلامية.	للدكتور/محمد على محجوب.
٢٨ - الأحوال الشخصية فى الزواج والميراث.	للدكتور/ محمـــد محمد عبد الحـــى .
٢٩ - الحقوق الزوجية فى الشريعة الاسلامية.	للأستاذ/ عبد الملك منصور .

٣٠ - أحكـــام الأســرة فـــى الاسلام . للدكتور/ محمود حسن .
٣١ - آثار العرب فى الفقه الاسلامى . للدكتور/ وهــبه الرحيلى .
٣٢ - رد المحـتار عــلى الدر المختار . لابـــن عـــــابدين .
٣٣ - أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاســـلاميــة والقـــانون . المرحــوم الشيخ/ أحمــد ابراهيم بك والمستشار/ واصل عـــــلاء الـــدين.
٣٤ - نظـــــرية الدفـــــوع . د. أحــمد ابو الوفــا .
٣٥ - اصول المرافعات المدنية والتجارية. د . نبيل اسماعيل عمر .
٣٦ - مبادئ القضــاء المدنــى . د . وجــدى راغـب .
٣٧ - التعليق على قانون المرافعات . للمســتشــار / الدناصــورى والاستاذ حامـــد عكـــاز.
٣٨ - التعــليق على قانــون الاثبات. للمستشار / الدناصورى والاستاذ حامـــد عكـــاز.
٣٩ - التعليق على قانون المرافعــات. للمستشار / انــورطلبـــه .
٤٠- أصـــول قانون الاثـبات . د. سليمـــان مرقـــص .
٤١- قواعـــــد المرافعــــات . د . محمـــد العشمــــاوى ، عبــد الوهــاب العشماوى .
٤٢ - الدفــــوع الشرعيـــــة . للأستاذ/ خـــالد شهـــاب

٤٣ - الموســـــوعة الذهبيـــة . للاستاذين/ حسن الفكهانـــى
وعـــبد المنعـــم حســنى .
٤٤ - المـدونـــــه الذهبيـــــة . للاستاذ/ عبـد المنعم حسنى .
٤٥ - مجموعة قواعد الخمسين عـاماً . طبعـــة نادى القضـــاه .
٤٦ - مـجـموعـة المبـادئ والاصـدارات التى
تصـــدر عـــن المكـــتب الفـــنى .
بالاضـافـة الى عـديد من المراجع
التى أشير اليها فى حينها .

محتويات المؤلف

الفهرس

الباب الثالث

الباب الرابع

الباب الخامس

الباب السادس

الباب السادس



صاحبها ومديرها . محمد بسيوني
خلف ١٦١ ش فرنسا ☎ ٤٨٠٩٠٠٥ الاسكندرية


Bibliotheca Alexandrina
05548972